



**VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**GRADO EN DERECHO**

**Departamento de Derecho Privado**

**Área de Derecho Internacional Privado**

**Curso 2017/2018**

# **LEY APLICABLE AL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES Y DUMPING SOCIAL EN LA UE**

**Sergio López García**

**Antonia Durán Ayago**

**Julio de 2018**

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**GRADO EN DERECHO**

**Departamento de Derecho Privado**

**Área de Derecho Internacional Privado**

**LEY APLICABLE AL DESPLAZAMIENTO DE  
TRABAJADORES Y DUMPING SOCIAL EN LA UE**

**APPLICABLE LAW TO POSTING OF WORKERS AND  
SOCIAL DUMPING IN THE EU**

**Nombre del estudiante: Sergio López García**  
**e-mail del estudiante: id00681330@usal.es**

**Tutora: Antonia Durán Ayago**

## RESUMEN

En el presente trabajo se pretende un acercamiento desde una perspectiva jurídica al fenómeno del dumping social que se practica con ocasión del desplazamiento de trabajadores en el interior de la UE. En concreto, se analizará la vertiente privada de estas relaciones laborales internacionales, obviando la vertiente pública referida al pago de cotizaciones a los sistemas de Seguridad social. Haremos un repaso del concepto de dumping social, así como de la norma de conflicto que nos permite determinar las leyes aplicables a los desplazamientos de trabajadores mediante el Reglamento Roma I y la Directiva 96/71/CE. Finalmente examinaremos las posibles vías de prevención del dumping y la propuesta de reforma de la Directiva elaborada por la Comisión europea.

**PALABRAS CLAVE:** Desplazamiento de trabajadores, dumping social, ley aplicable, Directiva 96/71/CE, Unión Europea.

## ABSTRACT

This work intends to approach from a legal point of view, the phenomenon of social dumping practiced on posting of workers in the EU. We will analyze the private aspect of posting, ignoring the public aspect referred to the social contributions payment. Also, we will study the concept of social dumping and posting, in order to determinate the applicable law with Rome I Regulation and Directive 96/71/EC. Finally, we will study possible ways to prevent social dumping and the reform proposal of Directive developed by European Commission.

**KEYWORDS:** posting of workers, social dumping, applicable law, Directive 96/71/EC, European Union.

## ÍNDICE

<b>ÍNDICE.....</b>	<b>4</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>6</b>
<b>II. CONTEXTUALIZACIÓN .....</b>	<b>6</b>
II.1 CONTEXTO HISTÓRICO.....	6
II.2 CONTEXTO SOCIAL .....	9
<b>III. CONCEPTOS CLAVE .....</b>	<b>10</b>
III.1 RELACIONES INTERNACIONALES DE TRABAJO .....	10
III.2 EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES .....	11
III.2.1 Concepto de “prestación de servicios” .....	12
III.2.2 Concepto de “desplazamiento” .....	14
III.2.3 Modalidades de desplazamiento .....	19
III.3 EL “DUMPING SOCIAL” .....	23
<b>IV. LEY APLICABLE A LAS RELACIONES INTERNACIONALES DE TRABAJO EN LA UE. EL REGLAMENTO 593/2008.....</b>	<b>24</b>
IV.1 RELACIÓN CON LA DIRECTIVA 96/71/CE.....	24
IV.2 NORMA DE CONFLICTO Y PUNTOS DE CONEXIÓN .....	24
IV.3 ÁMBITO DE LA LEY RECTORA.....	25
IV.4 LEYES DE POLICÍA .....	26
<b>V. LEY APLICABLE AL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES. LA DIRECTIVA 96/71/CE .....</b>	<b>28</b>
V.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 96/71/CE.....	28
V.2 NORMA DE CONFLICTO CON LA DIRECTIVA 96/71/CE. ....	29
V.3 ÁMBITO DE LA LEY RECTORA.....	30
V.3.1 Actividades referidas .....	30
V.3.2 Condiciones de trabajo .....	30
V.3.3 Excepciones en desplazamientos de corta duración. ....	34
V.3.4 Excepciones en trabajos de escasa importancia. ....	34

V.4	LA TEMPORALIDAD COMO PUNTO DÉBIL DE LA DIRECTIVA. ....	35
<b>VI.</b>	<b>INTERVENCIONES EN LA PREVENCIÓN DEL DUMPING SOCIAL..</b>	<b>36</b>
VI.1	RAZONES DE IMPERIOSA NECESIDAD Y EL ASUNTO VIKING. ....	36
VI.2	LA LEGISLACIÓN ANTIDUMPING SUECA Y EL ASUNTO LAVAL....	38
VI.3	CLÁUSULAS SOCIALES EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS.....	41
<b>VII.</b>	<b>PROYECTO DE REFORMA DE LA DIRECTIVA 96/71/CE .....</b>	<b>43</b>
<b>VIII.</b>	<b>CONCLUSIONES Y VALORACIÓN .....</b>	<b>45</b>
<b>IX.</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>49</b>

## **I. INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo versa sobre las relaciones de trabajo internacionales que se desarrollan en el ámbito de la Unión Europea y, más concretamente, aquellas en las que existe un desplazamiento temporal de trabajadores desde un Estado miembro, del que es nacional el trabajador desplazado, a otro, en el que prestará de manera efectiva su relación laboral. Tales relaciones laborales internacionales, por su propia naturaleza, son ciertamente complejas y han dado lugar a numerosas situaciones de fraude y de “dumping social”.

Estos desplazamientos revisten una gran trascendencia jurídica y es por ello que pueden ser analizados desde diversas perspectivas. Igualmente, en este fenómeno confluyen distintos intereses difíciles de armonizar, como son la libre prestación de servicios, la protección de la competencia leal y la protección de los derechos de los trabajadores desplazados. No obstante, en las líneas que siguen se intentará desarrollar un análisis incardinado en el Derecho Internacional Privado y desde la perspectiva de la ley aplicable a estos contratos de trabajo, no tanto a las cuestiones propias de los sistemas de Seguridad social.

Tras contextualizar el objeto del trabajo y conocer los conceptos clave necesarios para entender el fenómeno del desplazamiento temporal de trabajadores y su relación con el dumping social, pasaremos al estudio del supuesto de hecho concreto junto con las soluciones normativas y jurisprudenciales ofrecidas al mismo. Llegados ese punto, la finalidad última de este trabajo es extraer una valoración acerca de si la regulación actual es suficiente o si, como se reivindica desde sectores de la doctrina, grupos europarlamentarios o desde la propia Comisión, es necesario un cambio legislativo y, en tal caso, en qué sentido.

## **II. CONTEXTUALIZACIÓN**

### **II.1 CONTEXTO HISTÓRICO**

Dado que el objeto de este Trabajo -el desplazamiento de trabajadores y el dumping social que puede originar- surge y se desarrolla al calor del proceso de integración europea, resulta ineludible realizar un breve repaso de los fundamentos que dieron lugar a la actual Unión Europea.

Desde un primer momento en el Tratado de la CECA de 1951, el fin primordial de la integración europea no era otro que el de conseguir una unión económica y

aduanera entre los Estados europeos de la posguerra, buscando la colaboración para la reconstrucción del continente y para evitar futuros enfrentamientos bélicos entre las potencias.

El objetivo de la creación de un Mercado Común no ha dejado de ser central tras las sucesivas ampliaciones y Tratados, si bien tras el Tratado de Maastricht en 1992 y la introducción de la “ciudadanía europea”, ya no va a ser sólo el tráfico comercial el que se beneficie de las libertades comunitarias.

En un primer momento, las relaciones internacionales de trabajo dentro de las Comunidades Europeas constituían el tradicional fenómeno migratorio de trabajadores que abandonaban su país de origen para encontrar un empleo en otro Estado, con un carácter más o menos estable, para lo cual requerían acceder a una vivienda e, incluso, en el caso de que fueran acompañados por su familia, tener acceso al sistema educativo del país receptor. Con ello, y con fundamento en una de las principales libertades comunitarias que informarán este proceso de integración, la libre circulación de trabajadores (actual art. 45 TFUE<sup>1</sup>), se elaborará el Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. De esta manera se pretendía garantizar la no discriminación nacional de estos trabajadores, así como su movilidad dentro de los Estados de la Comunidad y su acceso a los mercados de trabajo<sup>2</sup>. En la actualidad, rige el Reglamento (UE) nº 492/2011 de 5 de abril de 2011<sup>3</sup>.

Conforme avanzó la integración europea y se fueron incorporando nuevos Estados con mercados de trabajo más baratos, con menores costes laborales, como España y Portugal en el año 1986, surgieron nuevas formas de relaciones internacionales de trabajo al amparo de otra de las libertades comunitarias, la libre prestación de servicios (actual art. 56 TFUE). En este caso, ya no hablamos de trabajadores migrantes que abandonan su país en busca de un empleo, sino de trabajadores que son desplazados por su empresa a otro Estado miembro a fin de que esta sociedad o una cesionaria preste un determinado servicio en ese otro Estado, sin que éstos abandonen su mercado laboral. La ventaja competitiva que obtiene la sociedad

---

<sup>1</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DO C 83/01. 30.03.2010.

<sup>2</sup> Considerando Primero del Reglamento (CEE) nº1612/68, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. DO nº 257 de 19/10/1968 p. 0002 – 0012.

<sup>3</sup> DO L 141 de 27.05.2011, p. 1/12.

que desplaza a sus trabajadores consiste, *grosso modo*, en que en vez de emplear a trabajadores del país en el que va a prestar su servicio (país receptor), desplazará a obreros de otro Estado (país de origen), a quienes les puede ser de aplicación una ley laboral más flexible con lo que, según las circunstancias, podrá ahorrarse costes salariales con respecto a las empresas que operan en el país receptor. Es en este contexto que se produce el dumping social.

Ante estas relaciones laborales internacionales concretas, a las que nos referiremos como desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, la determinación de la ley aplicable se realizará, tras las propias normas internas de los Estados, de acuerdo a la norma de conflicto del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980<sup>4</sup>.

Pero pronto se mostrará que este instrumento, así como cualquier otro con vocación general de regular la ley aplicable a las obligaciones contractuales, es insuficiente para ofrecer una solución normativa clara al desplazamiento de trabajadores. Por ello, y debido al aumento de los abusos y el fraude con esta práctica empresarial, con el fin de acabar con la inseguridad jurídica y equilibrar los principios de la libre prestación de servicios y la cohesión social<sup>5</sup>, se elaborará la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Esta Directiva introducirá, como veremos, un suelo mínimo de protección, un “núcleo duro” de elementos de la relación laboral que deben ser garantizados conforme a la ley del país receptor.

No obstante, con el paso de los años, la crisis económica y la ampliación del mercado interior hacia mercados de trabajo muy desiguales tras la adhesión de los países del Este, ha hecho resurgir la necesidad de modificar ampliamente la Directiva, tras los pasos dados por la Directiva 2014/67/UE en el sentido de concretar el supuesto

---

<sup>4</sup> Ante la ausencia de otra norma de conflicto, a los primeros trabajadores desplazados les era de aplicación el artículo 6 del Convenio de Roma, en el que el primer punto de conexión era la ley pactada por las partes (sin perjuicio de la protección al trabajador que reconociesen las disposiciones imperativas que resultaran de aplicación en defecto de elección), mientras que en segundo lugar, ex artículo 6.1 apartado a), regía la ley del lugar en el que desempeñara habitualmente su trabajo (el Estado de origen). Por tanto, bastaba con no pactar ley aplicable al contrato para que se aplicara la ley laboral más flexible, la del Estado de origen del trabajador desplazado.

<sup>5</sup> Considerando 5 de la Directiva 96/71/CE de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, DO n° L018 de 21/01/1997 p. 0001 – 0006.



de hecho<sup>6</sup>, para reequilibrar los intereses en juego, otorgando una mayor importancia a la protección del trabajador desplazado. En este sentido, la Comisión Europea presentó su propuesta de nueva Directiva el 8 de marzo de 2016, cuya tramitación sigue en curso y tendremos ocasión de analizar más adelante.

## II.2 CONTEXTO SOCIAL

El dumping social en la actualidad en la Unión Europea, con ocasión de los desplazamientos de trabajadores, puede apreciarse a través de diversos estudios encargados por la Comisión Europea y el Parlamento que han recopilado, no sin cierta dificultad, algunos datos de relevancia.

Una buena recopilación de información estadística es la contenida en un estudio encargado por el Parlamento Europeo, de junio de 2016, en el marco de la propuesta de reforma de la Comisión sobre la Directiva 96/71, titulado “*The posting of workers Directive – current situation and challenges*”, a partir de los últimos datos que se manejan, del 2014. Gracias a este informe conocemos algunos datos que nos permiten configurarnos una perspectiva general del fenómeno del desplazamiento. Esta perspectiva nos puede resultar ilustrativa, y es recomendable tenerla presente en todo lo que sigue del trabajo, pues ayudará al lector o lectora a aunar las visiones dogmática y práctica, tarea imprescindible ésta cuando se trata de amoldar el ordenamiento jurídico a la realidad social.

Este estudio, así como otros anteriores en los que se basa, diferencia entre dos modelos económicos de desplazamiento: uno basado en las diferencias de costes y ventajas competitivas, y otro basado en la demanda de personal altamente cualificado<sup>7</sup>. Como se puede intuir, en el primero de ellos es donde tiene incidencia el dumping social. Junto a esta diferenciación, en el informe se recoge una clasificación de los Estados miembros en tres grupos según su salario medio. En el primer grupo estarían aquellos países con un salario por encima de la media europea (*high-wage countries*): Dinamarca, Luxemburgo, Suecia, Finlandia, Bélgica, Holanda, Alemania, Francia, Austria, Italia e Irlanda. Con un salario similar a la media europea estarían los países del

---

<sup>6</sup> Considerandos 5, 6 y 7 de la Directiva 2014/67/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE. DO L 159 de 28 de mayo de 2014, p. 11/31.

<sup>7</sup> The posting of Workers Directive – Current situation and challenges. Study for the EMPL Committee (2016), p. 17.

segundo grupo (*medium-wage countries*): Chipre, España, Grecia, Malta, Eslovenia y Portugal. Y, por último, los países del tercer grupo, con un salario inferior a la media europea (*low-wage countries*): Croacia, República Checa, Estonia, Polonia, Eslovaquia, Hungría, Letonia, Lituania, Rumanía y Bulgaria<sup>8</sup>.

Según datos reflejados en el citado informe, contabilizando el número de trabajadores desplazados desde los países de los grupos 2 y 3, a países del grupo 1, supondrían más del 50% de los trabajadores desplazados dentro de la Unión. Esto es, el modelo de desplazamiento basado en el dumping social, en las diferencias de costes y ventajas competitivas, es mayoritario. Este modelo se desarrolla en los sectores de la construcción, el transporte, la agricultura y, en general, en aquellos servicios que no pueden ser deslocalizados<sup>9</sup>. Precisamente, el sector de la construcción representaba en 2014 al 42% de los trabajadores desplazados<sup>10</sup>. Igualmente resulta útil, de cara a analizar este fenómeno desde el Derecho con vistas a su regulación, conocer que la media de duración del desplazamiento en 2014 era de 103 días. Sin embargo, la diferencia entre los Estados miembros es muy significativa, pues mientras que los desplazamientos en países como Francia, Bélgica o Luxemburgo (países receptores) no llegaban a 33 días, mientras que en Estonia o Hungría (países de origen) superaban los 230 días<sup>11</sup>.

### III. CONCEPTOS CLAVE

#### III.1 RELACIONES INTERNACIONALES DE TRABAJO

Por relación internacional de trabajo debemos entender toda relación contractual entre un empresario y un trabajador por cuenta ajena en la que este último se obliga a realizar una actividad a cambio de un salario, concurriendo los requisitos de laboralidad que se exijan de conformidad al ordenamiento de referencia (bien sean los derivados del Estatuto de los Trabajadores y la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, bien sean en el ámbito europeo los contenidos en la jurisprudencia del TJUE), y en la que se encuentra presente un elemento de extranjería (convirtiéndola en internacional, siguiendo la tesis francesa del elemento extranjero puro). Este elemento internacional podrá ser, *verbi*

---

<sup>8</sup> The posting of workers..., *op. cit.*, p. 17.

<sup>9</sup> The posting of workers..., *op. cit.*, p. 17.

<sup>10</sup> The posting of workers..., *op. cit.*, p. 19.

<sup>11</sup> The posting of workers..., *op. cit.*, p. 17.

*gratia*, el lugar de prestación de la relación laboral o la nacionalidad de cualquiera de las partes.

En este punto, el concepto que más problemas interpretativos puede originar es el de “trabajador por cuenta ajena” o “contrato individual de trabajo”. Tanto un concepto como otro han sido difíciles de perfilar en el ámbito europeo, dadas las complicaciones que conlleva la construcción de un concepto jurídico a nivel del Derecho Internacional Privado convencional, por las naturales diferencias existentes en los ordenamientos internos. Ello no ha sido óbice para que en la actualidad podamos identificar un contrato individual de trabajo en el sentido de los instrumentos europeos, como concepto amplio y unitario.

La jurisprudencia europea ya en el conocido asunto *Lawrie-Blum c. Baden-Württemberg*, consideró que el concepto de trabajador “*se refiere a toda persona que desarrolla, en beneficio y bajo la dependencia de otro, de forma remunerada, una actividad que no ha determinado ella misma, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo*”<sup>12</sup>. Así mismo, concreta que “*la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales recibe una prestación.*”<sup>13</sup> Por tanto, las notas de dependencia y habitualidad son las que nos van a determinar cuándo estamos ante un contrato individual de trabajo. Y ello con independencia de la forma jurídica que las partes hayan otorgado al contrato, pues como se precisa en el Informe Giuliano/Lagarde, dentro del concepto de contrato individual de trabajo deben englobarse “*los casos de contratos nulos, así como las relaciones de trabajo de hecho, en particular las que se caracterizan por un no respeto de las disposiciones contractuales establecidas por la ley con el objeto de proteger a los trabajadores*”<sup>14</sup>.

### III.2 EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES

Como ya nos hemos referido en el epígrafe II, el desplazamiento de trabajadores, en tanto que relación internacional de trabajo, constituye un fenómeno diferente de los movimientos migratorios de personas que abandonan su país para buscar un trabajo y

---

<sup>12</sup> STJCE de 3 de julio de 1986, as. C-66-85, *Lawrie-Blum*, § 12.

<sup>13</sup> STJCE de 3 de julio de 1986, as. C-66/85, *Lawrie-Blum*, § 17.

<sup>14</sup> Informe GIULIANO/LAGARDE, p. 23.

nuevas oportunidades de vida. Los trabajadores desplazados abandonan físicamente su país para realizar su prestación laboral dentro del territorio de otro país, actuando bajo la dirección del empresario y sin romper en ningún momento su relación laboral. Por tanto, mientras que la migración de trabajadores en la UE se desarrolla al calor de la libre circulación de trabajadores, que sirve de base jurídica al Reglamento 492/2011<sup>15</sup>, el desplazamiento de trabajadores surge al amparo de la libre prestación de servicios (art. 56 TFUE), que fundamentará jurídicamente la Directiva 96/71/CE.

En concreto, en el sentido de la Directiva 96/71 hablaremos, como su propia denominación indica, del “desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”.

### **III.2.1 Concepto de “prestación de servicios”.**

Conforme a lo dispuesto en el Tratado de Funcionamiento, en su artículo 57, “*se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas*”. Y a continuación recoge un amplio elenco de servicios, como “*actividades de carácter industrial, de carácter mercantil, artesanales, o actividades propias de las profesiones liberales*”<sup>16</sup>. El artículo, por tanto, se limita a realizar una delimitación general negativa de lo que se considera “servicios”, en el sentido de que lo será todo aquello que no constituya libre circulación de mercancías, capitales y personas, que completa con un catálogo general de servicios.

Este precepto no ayuda mucho a la comprensión de la libre prestación de servicios ni, lo que es más relevante en la práctica, diferenciarla de la libertad de establecimiento que, según el Tratado, consistirá en “*el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades [...]*”<sup>17</sup>. Sin embargo, si conjugamos este artículo 49 con el último párrafo del citado artículo 57, que nos dice: “*Sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá,*

---

<sup>15</sup> Considerando 3 del Reglamento (UE) N° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión. DO L 141 de 27 de mayo de 2011, p. 1/12.

<sup>16</sup> Artículo 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO C 202, 7 de junio de 2016.

<sup>17</sup> Párrafo segundo del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, , DO C 202, 7 de junio de 2016.

*con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado miembro donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales*”<sup>18</sup>. Por ello, tras una primera aproximación al tenor literal de estos artículos, podemos intuir que la primera diferencia entre ambas libertades es la temporalidad, siendo la libre prestación de servicios limitada en el tiempo. No obstante, para una delimitación más precisa de lo que es la prestación de servicios, tendremos que acudir a la jurisprudencia.

En el asunto *Gebhard* se discutía la interpretación de si la actividad desarrollada por el abogado *Gebhard* en Italia consistía en un “establecimiento” o en una “prestación de servicios”. Efectivamente, el Tribunal de Justicia señala que “*el concepto de establecimiento [...] implica la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen [...]*”<sup>19</sup>. Por tanto, “establecimiento” implica estabilidad en el tiempo, y “*en cambio, en el caso de que el prestador de un servicio se desplace a otro Estado miembro, las disposiciones del capítulo relativo a los servicios [...] prevén que dicho prestador ejerza su actividad en ese Estado temporalmente*”<sup>20</sup>. Esta temporalidad deberá determinarse “*no sólo en función de la duración de la prestación, sino también en función de su frecuencia, periodicidad o continuidad. El carácter temporal de la prestación no excluye la posibilidad de que el prestador de servicios [...] se provea de cierta infraestructura [...] en la medida en que dicha infraestructura sea necesaria para realizar la referida prestación*”<sup>21</sup>.

Un caso reciente en el que se ha aplicado esta doctrina y que nos puede servir de ejemplo es la condena en Francia en 2014 a la conocida empresa Easy Jet. Esta sociedad británica ejerce en Francia su actividad principalmente desde el aeropuerto de Orly (Paris), donde dispone de “*una infraestructura comercial, técnica y humana*”<sup>22</sup>. Sin embargo, no se había inscrito en el Registro de comercio francés ni abonaba las cuotas de sus 191 trabajadores en la seguridad social francesa, entre otras irregularidades, pues

---

<sup>18</sup> Último párrafo del artículo 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO C 202, 7 de junio de 2016.

<sup>19</sup> STJCE 30 noviembre 1995, as. C-55/94, *Gebhard*, § 25.

<sup>20</sup> STJCE 30 noviembre 1995, as. C-55/94, *Gebhard*, § 26.

<sup>21</sup> STJCE 30 noviembre 1995, as. C-55/94, *Gebhard*, § 27.

<sup>22</sup> GUICHAOUA, HERVÉ, “Une avancée remarquable dans la lutte contre le travail illégal et le dumping social du fait des entreprises étrangères: les arrêts Easy Jet et Vueling”, *Le Droit Ouvrier*, junio 2014, nº 791, p. 385 (traducción propia).

consideraba que actuaba en el marco de una prestación de servicios. Y es que según el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004 estos trabajadores seguirían sujetos al régimen de seguridad social británico (desde luego menos costoso que el francés) “*a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de 24 meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona*”<sup>23</sup>. En última instancia, la *Cour de Cassation* consideró, aplicando los criterios de la jurisprudencia comunitaria, que se daba un establecimiento y no una prestación de servicios, al apreciar indicios como “*el carácter permanente de su actividad, la existencia de una infraestructura asignada a la toma de decisiones, la existencia de vuelos regulares, la prestación del servicio de la tripulación a partir de esta infraestructura, el uso de la publicidad [...]*”<sup>24</sup>. En definitiva, el tribunal francés consideró que esta infraestructura excedía de la idónea para ejecutar la concreta prestación. Este caso es ilustrativo no sólo para comprender el alcance de la libre prestación de servicios, sino también para ejemplificar un habitual supuesto de dumping social en lo que se refiere al pago de las cotizaciones sociales.

El prestador del servicio será siempre un empresario persona física o jurídica. Conviene enfatizar en que esta prestación de servicios quien la realiza va a ser el empresario (en cuyo favor la reconoce el TFUE), no los trabajadores. La prestación de servicios es una relación de carácter mercantil entre dos empresarios. A estos efectos, la empresa, al tiempo que inicia su prestación en otro Estado miembro, dado que se le permite instalar una cierta infraestructura, desplazará a sus propios trabajadores para llevarla a término. En otro supuesto, será una ETT quien desplace a sus trabajadores para contribuir en la prestación del servicio de la empresa usuaria. Tendremos ocasión de analizar con más detalle las modalidades de desplazamiento que recoge la Directiva más adelante. Por el momento, centrémonos en el concepto de desplazamiento.

### **III.2.2 Concepto de “desplazamiento”.**

Siguiendo el esquema del profesor GÓMEZ ABELLEIRA, este desplazamiento reúne “*tres elementos constitutivos esenciales: el mantenimiento de la relación jurídica laboral entre el empleador que desplaza y el trabajador desplazado durante todo el tiempo del desplazamiento; el carácter temporalmente limitado del desplazamiento; y*

---

<sup>23</sup> Artículo 12, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. DO L 200 de 7 de junio de 2004, p. 1/49.

<sup>24</sup> GUICHAOUA, HERVÉ, “*Une avancée..., op., cit.*”, p. 387 (traducción propia).

*la vinculación estrecha entre el trabajo del trabajador desplazado y los servicios industriales, comerciales o profesionales que el empleador del Estado miembro de origen presta al destinatario ubicado en el Estado de desplazamiento*”<sup>25</sup>.

a) El mantenimiento de la relación laboral durante el desplazamiento.

Este primer elemento implica, por un lado, que mientras el trabajador se encuentre desplazado en el territorio de otro Estado debe permanecer inalterable su vínculo jurídico con el empresario que le ha desplazado, y, por otro, que tal vínculo debe ser netamente *laboral*. El mantenimiento del vínculo jurídico hace referencia a que “*el trabajador no puede tener una relación laboral con la empresa destinataria de los servicios transnacionales*”<sup>26</sup>, porque en caso contrario el trabajador entraría a formar parte del mercado de trabajo del Estado receptor englobándose en la libre circulación de trabajadores (art. 45 TFUE y base jurídica del Reglamento 492/2011), cayendo fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE y de la libre prestación de servicios (art. 56 TFUE). Es decir, en estos supuestos habremos de identificar al *empleador real* del trabajador, para asegurarnos de que no mantiene una relación laboral con el empresario del Estado receptor, destinatario de los servicios. Este extremo tendrá una especial trascendencia en aquellos desplazamientos de trabajadores efectuados mediante una cesión de los mismos a través de empresas de trabajo temporal.

Para identificar al empleador real del trabajador, en nuestro ordenamiento interno hacemos uso del apartado 2 del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores junto con el artículo 43 del mismo texto (cesión ilegal de trabajadores)<sup>27</sup>. Como señala GÓMEZ ABELLEIRA, en este punto “*se trata de identificar al empleador real del trabajador y esto debe hacerse, en cualquier Estado, atendiendo a los criterios reales definitorios de la relación laboral*”<sup>28</sup>.

A los efectos de calificar estos vínculos como *laborales*, en España hacemos uso de los criterios recogidos en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores. En el marco de la Directiva partimos del artículo 2.2: “*A efectos de la presente Directiva, el*

---

<sup>25</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, FCO. JAVIER, “Desplazamiento transnacional laboral genuino y ley aplicable al contrato de trabajo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2018, Vol. 10, Nº1, p. 215.

<sup>26</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, FCO. JAVIER, “Desplazamiento..., *op., cit.*, p. 222.

<sup>27</sup> Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24/10/2015.

<sup>28</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, FCO. JAVIER, “Desplazamiento..., *op., cit.*, p. 222.

*concepto de trabajador es el que sea aplicable conforme al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador esté desplazado*”<sup>29</sup>. Esta previsión realmente no nos es de mucha ayuda, pues nos remite al ET. Ello, no obstante, la Directiva 2014/67 nos señala en el apartado 5 de su artículo 4 que los elementos indicadores que recoge en el apartado anterior para facilitar la identificación de un verdadero desplazamiento también pueden utilizarse para “*determinar si una persona entra dentro de la definición aplicable de trabajador de conformidad con el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 96/71/CE. Los Estados miembros deben guiarse, entre otros elementos, por los hechos relacionados con el desempeño del trabajo, la subordinación y la remuneración del trabajador, independientemente de cómo se caracterice la relación en los acuerdos, contractuales o de otro tipo, que hayan pactado las partes*”<sup>30</sup>. Como es de esperar, estos criterios relativos a la subordinación y remuneración del trabajador nos serán útiles para identificar los supuestos de falsos autónomos.

Así, podríamos utilizar el criterio de la letra f) del apartado 3 del artículo 4, referido a “*si el empleador proporciona el viaje, la manutención o el alojamiento del trabajador al que desplaza o reembolsa esos gastos, y, de ser así, de qué forma se los proporciona o el método de reembolso*”<sup>31</sup>. Dado que esta conducta es una obligación típica a cargo del empresario dentro de la relación laboral, en caso de que fuese asumida por el empresario del Estado receptor (el empresario destinatario de la prestación de servicios), en tanto que aparente empresa usuaria, estaríamos ante una probable cesión transnacional ilegal de trabajadores.

b) Carácter temporal del desplazamiento.

Esta temporalidad debemos inferirla del tenor literal del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva, que busca definir al trabajador desplazado como “*todo trabajador que, durante un periodo limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro*

---

<sup>29</sup> Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. DO n° L18 de 21/01/1997 p. 0001 – 0006

<sup>30</sup> Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa al cumplimiento de la Directiva 96/71/CE. DO L 159 de 28 de mayo de 2014, p. 11/31.

<sup>31</sup> Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa al cumplimiento de la Directiva 96/71/CE. DO L 159 de 28 de mayo de 2014, p. 11/31.



[...]”<sup>32</sup>. Sin embargo, la Directiva no nos ofrece más pistas acerca de lo que debe considerarse “periodo limitado”. Al acudir al Reglamento Roma I en busca de mayor luz, sólo encontramos la siguiente disposición en su Considerando 36: “*la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero. La celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal*”<sup>33</sup>. Este criterio de futuro tan flexible puede ser válido en aquellos casos en los que el objeto de la prestación laboral se encuentre perfectamente delimitado, pero sin embargo el hecho de guiar la calificación de una situación jurídica actual en base a un hecho de futuro, más o menos probable según el caso, genera una importante inseguridad jurídica y, con ella, situaciones de abuso que el Considerando 36 *in fine* busca evitar.

Sí que es cierto que la Directiva 2014/67/UE introduce más criterios para apreciar la temporalidad del desplazamiento en el apartado 3 de su artículo 4 (ya mencionado previamente), como la fecha de inicio del desplazamiento, la naturaleza de las actividades, si el Estado al que ha sido desplazado el trabajador es distinto de aquél en el que trabaja habitualmente, o analizando si en periodos anteriores el puesto de trabajo ha sido ocupado por otro trabajador desplazado. Estos criterios, como puede verse, siguen presentando una cierta vaguedad, y es por ello que la propuesta de reforma de la Directiva 96/71 busca incluir una duración máxima para el desplazamiento.

Al no existir en la actualidad una delimitación máxima de la duración del desplazamiento, la temporalidad deberá apreciarse caso por caso por la autoridad judicial. Sirva de ejemplo la STSJ Galicia, de 20 de octubre de 2005 que, si bien se sitúa en el marco de la temporalidad en el sentido del Convenio de Roma, la indefinición es similar a la que se adolece en la Directiva 96/71. En ese caso, el tribunal examinó un contrato de trabajo internacional en donde se había pactado que la duración de la

---

<sup>32</sup> Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. DO n° L18 de 21/01/1997 p. 0001 – 0006.

<sup>33</sup> Reglamento (CE) n°593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DO L 177/6, de 4/7/2008.

prestación en España quedaría inicialmente limitada a 5 años. En virtud de esta cláusula podría pensarse que hubiera temporalidad, pero sin embargo se entiende por las circunstancias particulares del caso que los hechos no podían calificarse como un desplazamiento temporal<sup>34</sup>.

- c) Vinculación estrecha entre la prestación laboral del trabajador desplazado y los servicios prestados.

Este último elemento caracterizador viene a constituir el cierre del supuesto de hecho, por cuanto vincula todos los conceptos de los que ya hemos hablado. Esto es, esa prestación netamente laboral que el trabajador físicamente desplazado ejecuta por cuenta de su empleador en el Estado de destino, es la que le permite al empleador cumplir con la prestación del servicio a la que se haya obligado en el plano mercantil con otro empresario. El trabajador desplazado debe encontrarse eminentemente ligado a la actividad mercantil que suponga el servicio que, al amparo del artículo 56 TFUE, el empleador presta en el Estado de destino.

Veámoslo con un ejemplo. En los hechos enjuiciados por el TSJ del País Vasco en su sentencia 1096/2009 de 12 de mayo, una empresa portuguesa había contratado trabajadores con arreglo a la ley de su país, para ejecutar una obra de construcción en Andollu (Vitoria). En concreto, estos trabajadores fueron desplazados en una furgoneta de la empresa hasta Vitoria, donde el empresario les proporcionaba dos viviendas que tenía arrendadas. La duración de la obra que tenía contratada la sociedad portuguesa fue de un año (de mayo de 2006 a mayo de 2007)<sup>35</sup>. Al margen del litigio suscitado, relativo al debido abono de un complemento de desplazamiento, el supuesto puede servirnos para identificar los elementos a los que hemos hecho mención. En primer lugar, la sociedad portuguesa presta efectivamente un servicio (la ejecución de una obra de construcción) de los que ampara la libre prestación de servicios, en un Estado miembro. Para ello, necesita desplazar físicamente a trabajadores contratados en Portugal (en este caso, contratados expresamente para esta obra) hasta el lugar de prestación del servicio, en Vitoria. Así, podemos hablar del mantenimiento de la relación laboral, pues el empresario les proporciona transporte y alojamiento. Igualmente, la prestación del servicio es limitada en el tiempo, hasta finalizar la obra, que en este caso es de un año.

---

<sup>34</sup> STSJ Galicia, de 20 de octubre de 2005, Rec. 4215/2005. FD 3º.

<sup>35</sup> STSJ País Vasco de 12 de mayo, 1096/2009.

Y, por último, es indudable que el objeto del contrato de trabajo de los obreros desplazados está vinculado estrechamente con el objeto del contrato mercantil por el que el empresario portugués se obliga a acometer la obra.

### **III.2.3 Modalidades de desplazamiento**

La Directiva 96/71 contempla en el apartado 3 de su artículo 1 tres modalidades de desplazamiento, a las que se refiere como “medidas transnacionales”: en primer lugar, el supuesto general, al que podemos referirnos como “normal”, en el que una empresa A contrata la prestación de un servicio con una empresa de otro Estado miembro B en el territorio de ese otro Estado, para lo cual se requiere el desplazamiento físico de los trabajadores de A; en segundo lugar, el desplazamiento de trabajadores intragrupo; y en tercer lugar, el desplazamiento de trabajadores de una empresa de trabajo temporal (ETT) al territorio de una empresa usuaria situada en otro Estado miembro, en el marco de una cesión transnacional de trabajadores. Dada la especificidad de las dos últimas modalidades, resulta interesante detenernos en ellas.

#### **a) Desplazamiento intragrupo**

La Directiva recoge este supuesto como sigue: *“La presente Directiva se aplicará en la medida en que las empresas a que se refiere el apartado 1 adopten una de las siguientes medidas transnacionales: [...] desplazar a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el periodo de desplazamiento”*<sup>36</sup>.

El precepto nos hace referencia a los conocidos como grupos de empresas de dimensión europea. Pensemos en una sociedad matriz radicada en Alemania que, con la finalidad de desplegar su actividad comercial en el mercado de la UE, en vez de prestar servicios para sociedades radicadas en mercados nacionales distintos del alemán, se agrupa con otras sociedades extranjeras bajo un marco decisorio común y una dirección económica centralizada, a pesar de que éstas puedan conservar su independencia jurídica. En estos casos se habla de una unidad de empresa, bajo la cual las sociedades extranjeras (filiales) dependerán económicamente de la sociedad matriz en la realización

---

<sup>36</sup> Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. DO nº L 018 de 21 de enero de 1997, p. 0001-0006.

de su objeto social. Dada esta dependencia y, fundamentalmente, la dirección económica común, la matriz *“ostenta el poder real sobre los trabajadores de las empresas del grupo [aunque] la responsabilidad por las obligaciones derivadas del contrato de trabajo respecto de los trabajadores de cada una de las empresas del grupo se atribuye a la empresa que lo contrató”*<sup>37</sup>. En uso de ese poder de dirección la sociedad dominante podrá desplazar a los trabajadores del grupo.

En cuanto al concepto legal que debemos manejar en el ámbito del desplazamiento de trabajadores de estos grupos de empresas, ya que la Directiva 96/71 no lo recoge, y dado que estamos hablando del concepto de grupo de empresas a efectos laborales, podría servirnos de referencia la noción de “grupo de empresas de dimensión comunitaria” que se recoge en la vigente Directiva 2009/38/CE, en el apartado c de su artículo 1. Se exige que el grupo de empresas cumpla una serie de condiciones: *“que emplee a 1000 o más trabajadores en los Estados miembros; que comprenda al menos dos empresas miembros del grupo en Estados miembros diferentes, y que al menos una empresa del grupo emplee a 150 o más trabajadores en un Estado miembro y al menos otra de las empresas del grupo emplee a 150 o más trabajadores en otro Estado miembro.”*<sup>38</sup>

En el origen de esta movilidad internacional intragrupo, se encontraba el desplazamiento de altos directivos o de trabajadores en formación, a los efectos de que se formaran en la cultura empresarial de la unidad del grupo a la que fueran desplazados. No obstante, la tendencia actual se dirige a desplazar trabajadores *“a bajo coste y de manera colectiva, [...] como simple fuerza de trabajo” en los sectores de la construcción e industrial*<sup>39</sup>. Para el autor francés GUICHAOUA, esta modalidad de desplazamiento es ciertamente útil para las empresas que deseen rebajar sus costes sociales, pues basta con crear “artificialmente” un grupo de empresas.

---

<sup>37</sup> MOLINS GARCÍA-ALTANCE, JUAN, “El grupo de empresas con efectos laborales”, *Trabajo y Derecho* n°4, abril 2015, ed. Wolters Kluwer.

<sup>38</sup> Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. DOUE n° L 122/28 de 16/5/2009, pp. 28-44.

<sup>39</sup> GUICHAOUA, HERVÉ, “Le dévoiement de la mobilité internationale intragroupe du salarié: une forme recherchée de travail illégal et de dumping social sur le territoire français”, *Le Droit Ouvrier*, mayo 2015, p. 271. (traducción propia).

Nos explicamos: pensemos en una sociedad radicada en alguno de los *low-wage countries* a los que hacíamos referencia en el epígrafe II. 2, que desee prestar un servicio en un *high-wage country*. Mediante la creación de una segunda sociedad, jurídicamente independiente, domiciliada en el Estado donde existe un salario medio más alto, con un número de empleados simbólico y no real, y, por tanto, pudiendo ser consideradas *prima facie* como un grupo de empresas, la “sociedad matriz” podrá desplazar trabajadores a la sociedad de nueva creación, bajo la modalidad del desplazamiento intragrupo,<sup>40</sup> en vez de crear un establecimiento permanente para desarrollar su actividad. Si una empresa desea operar en el mercado de otro Estado miembro, el camino natural es que ésta cree un establecimiento, como una sucursal, en el otro Estado. La consecuencia de evitar un establecimiento permanente será la diferente ley aplicable a las relaciones laborales, pues en caso de establecimiento se deberá observar íntegramente, en principio, la ley del *high-wage country*, mientras que en el marco de un desplazamiento de servicios el empleador puede continuar aplicando la ley de origen, menos favorable, respecto de las condiciones que no formen parte del núcleo duro de la Directiva 96/71. En definitiva, la creación artificial de un grupo de sociedades es otra manera de disfrazar un establecimiento permanente como un desplazamiento.

#### b) Cesión transnacional de trabajadores

Contemplada en la Directiva como: “en su calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra, desplazar a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el periodo de desplazamiento”<sup>41</sup>, esta modalidad de desplazamiento constituye una parte importante de los desplazamientos en el marco de una prestación de servicios.

Tengamos en cuenta que la cesión de trabajadores es una institución jurídica que nace en base a un contrato celebrado entre la ETT y una empresa usuaria. El objeto de este contrato mercantil es la puesta a disposición de un trabajador vinculado

---

<sup>40</sup> GUICHAOUA, HERVÉ, “Le dévoiement...”, *op. cit.*, p. 272.

<sup>41</sup> Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. DO L 018 de 21 de enero de 1997, p. 0001-0006.

laboralmente con la ETT, a la empresa usuaria. Se crea así una relación triangular en la que puede resultar complicado determinar al empleador real de los trabajadores desplazados. Recordemos en este sentido los criterios de laboralidad de la Directiva 2014/67 que enumerábamos en el epígrafe III. 2. 2, pues si el trabajador cedido acaba completamente subordinado al empresario usuario, y es éste quien le abona complementos salariales de distinto tipo, de manera tal, que el trabajador se encuentre laboralmente vinculado *de facto* a él, estaríamos ante una clara cesión ilegal. Esto es porque dentro del reparto de responsabilidades entre los dos empresarios que ostentan poder de dirección frente al trabajador, la empresa usuaria podrá, en el marco del contrato mercantil, determinar la actividad laboral del trabajador y controlar su ejecución, mientras que a la ETT le corresponde asumir las obligaciones salariales, al igual que mantiene las facultades disciplinarias.

También podría darse el caso de que la ETT no sea más que una sociedad pantalla de la empresa usuaria, de la que ésta se vale para obtener mano de obra a menor precio. Así se considera, en relación con nuestro artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, considerando como cesión ilegal *“la conducta de quien, asumiendo nominalmente el nombre de empresario, traslada personal a otro que, en realidad, ostenta la titularidad y organización, en suma, es el auténtico empresario”*<sup>42</sup>.

Un buen ejemplo puede ser la STSJ Madrid 780/2009, de 30 de octubre. En este supuesto, la empresa SACYR es la contratista principal de unas obras en el recinto ferial de IFEMA, mientras que la sociedad COFER es una de las subcontratistas. La sociedad portuguesa FILIPENDULO CONSTRUÇÃO aparentemente fue subcontratada por COFER, para lo cual desplazó trabajadores desde Portugal. En los autos figura un acuerdo negocial suscrito entre COFER y FILIPENDULO, por medio del cual, entiende el Tribunal, ambas *“mantenían una relación de prestamismo laboral en la que FILIPENDULO actuaba como cedente y COFER como cesionaria, y que por virtud de ese negocio los trabajadores de la primera empresa realizaban la actividad que les iban indicando el encargado y capataz de la segunda obra”*<sup>43</sup>, trabajadores éstos de COFER. Así las cosas, el tribunal consideró que los trabajadores portugueses

---

<sup>42</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. CARLOS; ÁLVAREZ DE LA ROSA, MANUEL, *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces 2016, p. 527.

<sup>43</sup> STSJ Madrid 780/2009, de 30 de octubre de 2009. FJ 6º.

desplazados por la sociedad lusa acabaron integrándose plenamente bajo el poder de dirección de la empresa usuaria.

### III.3 EL “DUMPING SOCIAL”

A modo de introducción al concepto, puede sernos de utilidad recurrir a la idea general de dumping que se desprende del Acuerdo Antidumping de la OMC, al establecer que existirá dumping respecto de un producto cuando éste se “*introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador [...]*”<sup>44</sup>. Esto es, cuando hay una venta de productos en un mercado extranjero a menor precio que en el mercado nacional.

Pues bien, el dumping social hace referencia a la reducción de los costes sociales, aquéllos derivados de la utilización de mano de obra, en este caso, de mercados de trabajo de otros países con una legislación laboral más flexible. En palabras de la profesora LLOBERA VILA, “*en estos casos lo que se importa del extranjero son las condiciones de trabajo*”<sup>45</sup>. Este ahorro en costes sociales puede consistir, en una vertiente privada, en el pago del salario y otras retribuciones al trabajador desplazado, y en una vertiente más pública, en el pago de las cotizaciones sociales al correspondiente sistema de Seguridad social.

En suma, podríamos definir el dumping social como la medida de competencia desleal basada en el empleo de mano de obra proveniente de mercados de trabajo con una legislación laboral poco exigente, de manera tal que le suponga al empleador un ahorro en sus costes sociales y una ventaja competitiva. Como juristas habremos de hacer la siguiente advertencia: no por el mero hecho de emplear a trabajadores de países con una ley laboral más “barata” el empresario obtendrá ese ahorro o ventaja, pues en último término dependerá de cuál o cuáles sean las leyes aplicables a la concreta relación laboral.

---

<sup>44</sup> Acuerdo sobre la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, de la Organización Mundial del Comercio.

<sup>45</sup> LLOBERA VILA, MIREIA, “Las medidas estatales de prevención del dumping social en la jurisprudencia del TJUE: la senda abierta hacia la sentencia *Bundesdruckerei*”, *Lex Social*, Vol. 5 núm. 1/2015, p. 89.

## **IV. LEY APLICABLE A LAS RELACIONES INTERNACIONALES DE TRABAJO EN LA UE. EL REGLAMENTO 593/2008.**

### **IV.1 RELACIÓN CON LA DIRECTIVA 96/71/CE**

La norma de conflicto que se recoge en la Directiva se limita a introducir una excepción (el núcleo duro de su artículo 3) a la normal determinación de la ley aplicable conforme al artículo 8 del Reglamento 593/2008. Por tanto, para conocer la ley aplicable al desplazamiento de trabajadores, hemos de partir de este Reglamento.

En su considerando 34, se nos indica que “*la norma sobre el contrato individual de trabajo no debe ir en detrimento de la aplicación de las normas imperativas del país de desplazamiento del trabajador, de conformidad con la Directiva 96/71/CE [...]*”.<sup>46</sup> Igualmente, el artículo 23 de Roma I es claro al señalar que “*el presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones de Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales*”<sup>47</sup>. Por tanto, la relación entre ambos instrumentos se rige por un principio de especialidad.

En síntesis, las normas que la Directiva nos determine como aplicables al caso deberán observarse con independencia de la ley aplicable que nos indique el Reglamento, respecto de aquellos elementos de la relación laboral del artículo 3 de la Directiva, siempre que se cumplan sus presupuestos de aplicación. Así las cosas, respecto de las condiciones de trabajo no incluidas en el núcleo duro, será de aplicación la ley determinada por el artículo 8 de Roma I.

### **IV.2 NORMA DE CONFLICTO Y PUNTOS DE CONEXIÓN**

El primer punto de conexión es la autonomía de la voluntad de las partes, conforme se encuentra amparada en el artículo 3 Roma I (art. 8.1). Este precepto exige que la ley elegida debe “*manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso*”<sup>48</sup>. Igualmente se permite el fraccionamiento de ley. Sin embargo, dado que estamos ante un contrato con parte

---

<sup>46</sup> Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DO L 177/6, de 4/7/2008.

<sup>47</sup> Artículo 23 del Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DO L 177/6, de 4/7/2008.

<sup>48</sup> Artículo 3 del Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DO L 177/6, de 4/7/2008.



débil, esta autonomía de la voluntad es limitada de manera tal que no podrá pactarse una ley que prive al trabajador de la protección que le dispensaría la ley que resultara aplicable en defecto de elección. Mediante esta limitación se impide que el empleador disminuya el patrimonio jurídico del trabajador derogando disposiciones susceptibles de aplicación mediante un pacto desigual.

En caso de ausencia de elección de ley, o no resultando válida ésta, el segundo punto de conexión es la *lex loci laboris* (art. 8.2) Esto es, el contrato se regirá por la ley del país en el que, o desde el que, se desarrolla habitualmente la prestación laboral. Se añade que el hecho de que el trabajador realice con carácter temporal su prestación en otro Estado no cambia el lugar habitual de trabajo. En gran medida por esta última disposición, se hizo necesario en su momento elaborar la Directiva 96/71/CE para regular de manera específica los desplazamientos temporales de trabajadores, pues si éstos se rigieran únicamente por el art. 8.2, ampararía de manera plena el dumping social al no incluir límites a la *lex loci laboris*.

En tercer lugar, cuando la *lex loci laboris* sea infructuosa a efectos de determinar la ley aplicable, el punto de conexión será la ley del país donde se encuentre el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador (art. 8.3).

En último término, como cláusula de excepción, se utilizará el criterio de los vínculos más estrechos, de manera tal que tendrán que analizarse las circunstancias del caso, y a la luz de ellas deducir si el contrato guarda una relación más estrecha con otro país distinto de los países obtenidos con los criterios anteriores (art. 8.4). La ley rectora será la de ese otro país, al que el contrato se encuentra especialmente vinculado. En este análisis se pueden tener en consideración desde elementos de carácter personal del contrato, como el domicilio o nacionalidad de las partes, hasta elementos jurídicos, territoriales o económicos.

#### IV.3 ÁMBITO DE LA LEY RECTORA

El ámbito que cubre la ley aplicable determinada en Roma I se recoge en el artículo 12. En su virtud, se encontrarán en este ámbito la interpretación del contrato de trabajo, el cumplimiento de sus obligaciones, las consecuencias de un incumplimiento del mismo o de su nulidad, así como los modos de extinción de las obligaciones contractuales. Se añade en el apartado segundo, en referencia al modo de cumplimiento y medidas ante cumplimientos defectuosos, que “*se tendrá en cuenta la ley del país*

*donde tenga lugar el cumplimiento*”.<sup>49</sup> Por tanto, estos últimos extremos, en un desplazamiento de trabajadores, se regirán conforme la ley del Estado de acogida o receptor.

Por cuanto corresponde a la prestación de consentimiento y validez material del contenido del contrato, se regirán conforme la ley del fondo del asunto, de acuerdo con lo que establece el artículo 10.

La validez formal del contrato dependerá de si el trabajador y su empleador se encontraban presentes en el mismo país en el momento de celebración del mismo o de si se hallaban en distintos estados. Normalmente, ante un desplazamiento de trabajadores y teniendo en cuenta las circunstancias en las que se desarrolla, es habitual que ambas partes estén presentes en el mismo país. A estos efectos, el artículo 11 de Roma I en su apartado primero prevé que la validez formal del contrato se determine conforme a la ley que lo rijan en el fondo o ley del lugar en que se encuentren las partes en el momento de la celebración del contrato.

Evidentemente, respecto al ámbito cubierto por la ley rectora de conformidad con el artículo 12, hemos de reiterar la matización de que la ley aplicable que se determine cederá ante las normas que correspondan ser aplicadas en virtud de la norma de conflicto de la Directiva 96/71, como señalamos *ut supra*.

#### IV.4 LEYES DE POLICÍA

En el Reglamento 593/2008 se hace mención a las denominadas leyes de policía que, si bien ya no gozan de un papel preeminente por la apertura cada vez mayor de las fronteras jurídicas entre los Estados europeos, siguen recogándose en el ordenamiento y, como no podía ser de otra manera, hemos de tenerlas en cuenta.

En el apartado 1 del artículo 9 el Reglamento nos describe el concepto: “*Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el*

---

<sup>49</sup> Artículo 12 apartado 2, del Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. DO L 177, de 4 de julio de 2008, p. 6-16.

*presente Reglamento*”<sup>50</sup>. Se trata de un texto prácticamente calcado del párrafo 30 de la STJCE Arblade, pionera en desarrollar este concepto. En el párrafo siguiente añadía el Tribunal: *“La pertenencia de las normas nacionales a la categoría de leyes de policía y de seguridad no las exime del respecto a las disposiciones del Tratado, so pena de vulnerar la primacía y la aplicación uniforme del Derecho comunitario”*<sup>51</sup>.

Se trata, como podemos observar, de una regulación material de la materia, que se aplica de manera imperativa con independencia de la solución que nos ofrezca la norma de conflicto. Dado que implican un límite a la norma de conflicto, restringiendo el tráfico jurídico internacional, no pueden utilizarse de manera abusiva. Y así se ha venido señalando desde la Comisión Europea y la doctrina jurisprudencial del TJUE, imponiendo límites a la utilización desmesurada de los Estados de leyes de policía. Véase por ejemplo en la STJUE tal, donde el Tribunal es meridiano: *“La Comisión Europea alega sustancialmente que la invocación unilateral de leyes de policía por un Estado resulta contraria en todo caso a los principios que inspiran el Convenio de Roma [...]. La Comisión añade que los Estados no pueden desvirtuar este principio fundamental [la elección de ley por las partes] mediante el expediente de calificar sistemáticamente de imperativas a sus normas nacionales, salvo en el supuesto de que tales normas afecten claramente a un interés importante.”*<sup>52</sup>. Por ello, a fin de garantizar que se respete la libertad de elección de las partes, el Tribunal exige al juez nacional cuando valore el carácter de ley de policía *“tener en cuenta no sólo los términos exactos de aquella ley sino también su concepción general y el conjunto de circunstancias en las que se promulgó, para poder deducir de ello que tal ley reviste carácter imperativo”*<sup>53</sup>.

Las previsiones de los apartados 2 y 3 del artículo 9 permiten que se puedan aplicar al caso tanto las leyes de policía del foro, como las leyes de policía de un tercer país, en donde tenga que ejecutarse el contrato, y que puedan hacer a éste ilegal.

---

<sup>50</sup> Artículo 9 apartado 1 del Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. DO L 177 de 4 de julio de 2008, p. 6-16.

<sup>51</sup> STJCE de 23 de noviembre de 1999, as. Acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*.

<sup>52</sup> STJUE de 17 de octubre de 2013, as. C-184/12, *Unamar NV*, §35.

<sup>53</sup> STJUE de 17 de octubre de 2013, as. C-184/12, *Unamar NV*, §50.

Es interesante añadir aquí una precisión importante al respecto de las leyes de policía en materia laboral, y es que estas normas del artículo 9 no pueden ser traídas a colación de un trabajador individualmente considerado. En el ámbito laboral estas leyes van a ser “normas institucionales laborales”, que regulan cuestiones propias del mercado laboral de una manera general, protegiendo intereses colectivos, no singulares.<sup>54</sup>

En cualquier caso, en el ámbito del desplazamiento de trabajadores entre Estados de la UE será muy difícil apreciar la observancia de una ley de policía, en vista de los requisitos que hemos examinado, dado que apenas hay variación de los intereses públicos que defienden los Estados miembros, bastante armonizados por su pertenencia a una Unión que defiende ya unos intereses públicos comunes.

## **V. LEY APLICABLE AL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES. LA DIRECTIVA 96/71/CE**

Como hemos visto, las reglas generales de Roma I nos permitirán localizar la ley rectora del contrato laboral del trabajador desplazado. No obstante, al encontrarnos ante la materia específica de un desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, cumpliéndose el ámbito de aplicación de la Directiva 96/71, habremos de aplicar sus previsiones para frenar -en la medida en que este instrumento nos permite- el dumping social.

### **V.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 96/71/CE**

Ya en el epígrafe III. 2 hicimos en cierta manera referencia a este extremo, explicando el concepto de “desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios” en el sentido de la Directiva y sus modalidades. Es obvio pues, que la Directiva se aplicará siempre ante una relación jurídica de este tipo, pero, como también es obvio, con unos matices que señalaremos seguidamente.

Es necesario, como exige el apartado 1 del artículo 1 de la Directiva, que las empresas que desplacen trabajadores se hallen establecidas en un Estado miembro, y que dirijan el desplazamiento hacia el territorio de otro Estado miembro. Con lo cual, sólo se engloban dentro de su ámbito de aplicación los desplazamientos que tengan

---

<sup>54</sup> CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Derecho Internacional Privado Vol. II*, ed. Comares 2016, p. 1169.

lugar dentro del territorio de la UE. Se excluyen por tanto los desplazamientos provenientes de terceros países y los desplazamientos hacia terceros estados.

Por mor de lo establecido en el apartado 2, también se excluyen del ámbito de aplicación los trabajadores navegantes al servicio de las empresas de la marina mercante.

## V.2 NORMA DE CONFLICTO CON LA DIRECTIVA 96/71/CE.

La norma de conflicto completada por la Directiva parte de que se aplicará la ley determinada por Roma I, pero se dispone que los Estados deberán velar por que las empresas que desplacen trabajadores observen la ley del Estado receptor, respecto de una serie de condiciones de trabajo concretas, en la ejecución de unas actividades determinadas. Sin embargo, no debemos presuponer que siempre y en todo caso se aplicará la ley del Estado receptor respecto de esas condiciones, sino que es imprescindible precisar que, si ésta se aplica, es porque será más favorable para el trabajador. Así se desprende del apartado 7 del artículo 3, al establecer que la aplicación de la Directiva “*no impedirá la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores.*”<sup>55</sup>

Así las cosas, sobre el supuesto de hecho del desplazamiento de trabajadores existirá un conflicto entre dos leyes: la ley determinada por Roma I, y la ley del Estado receptor, cuando sea más favorable para el trabajador que la ley del Estado de origen, en el ámbito de materias del art. 3 de la Directiva de manera imperativa, en virtud de ese principio de especialidad que hemos mencionado previamente.

En este punto, ¿qué debemos entender por ley del Estado receptor? El artículo 3.1 nos ofrece una idea amplia: “*disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y/o convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general.*”<sup>56</sup>. Por estos últimos deben entenderse, por ejemplo, en el caso español, convenios de sector aplicables en el ámbito territorial en el que se sitúe la empresa<sup>57</sup>.

Pero, dado que no todos los Estados miembros disponen del mismo sistema de negociación colectiva, ¿qué ocurre cuando no hay un sistema de declaración de

---

<sup>55</sup> Apartado 7 del art. 3 de la Directiva 96/71/CE. DO n° L018 de 21/01/1997 p. 0001 – 0006.

<sup>56</sup> Directiva 96/71/CE. DO n° L018 de 21/01/1997 p. 0001 – 0006.

<sup>57</sup> Artículo 3.8 de la Directiva 96/71/CE. DO n° L018 de 21/01/1997 p. 0001 – 0006.

aplicación general de estos convenios o laudos? En estos casos los Estados podrán tomar como referencia convenios o laudos que -sin necesitar una declaración de aplicación general- ya despliegan efectos generales para todas las empresas del sector englobadas en su ámbito territorial, o bien los convenios colectivos que hayan sido negociados por organizaciones sindicales que gocen de mayor representatividad sindical a nivel nacional y que *“sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional.”*<sup>58</sup>

A ello deberá sumarse la condición de que la aplicación de estos otros convenios o laudos garantice la igualdad de trato respecto del resto de empresas del sector, en el sentido de que a la empresa objeto de desplazamiento se le exijan las mismas obligaciones y con idénticos efectos que a las empresas con las que compita, a fin de evitar la competencia desleal.

### V.3 ÁMBITO DE LA LEY RECTORA.

La ley del Estado receptor que rijan la relación laboral deberá estar referida con carácter general, como hemos indicado, a unas actividades económicas concretas (recogidas en el Anexo de la Directiva) en el caso de convenios colectivos y laudos arbitrales, y a unas determinadas condiciones de trabajo y empleo.

#### **V.3.1 Actividades referidas**

Se trata de todas aquellas actividades propias del sector de la construcción *“relacionadas con la realización, la restauración, el mantenimiento, la modificación o la eliminación de construcciones”*<sup>59</sup> y concretamente, a título ejemplificativo, algunas de las siguientes, como la excavación, el derribo, el acondicionamiento o equipamiento, saneamiento, o montaje y desmontaje de elementos prefabricados.

#### **V.3.2 Condiciones de trabajo**

Las siguientes materias se regirán de acuerdo a la ley del foro, del Estado receptor, de conformidad con el apartado 1 del art. 3:

- *“Los períodos máximos de trabajo y períodos mínimos de descanso; duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas;*

---

<sup>58</sup> Artículo 3.8 de la Directiva 96/71/CE. DO nº L018 de 21/01/1997 p. 0001 – 0006.

<sup>59</sup> Anexo Directiva 96/71/CE. DO nº L018 de 21/01/1997 p. 0001 – 0006.

- *Las cuantías de salario mínimo (incluidas las incrementadas por horas extraordinarias);*
- *Las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino [empresas de trabajo temporal en la normativa española];*
- *La salud, la seguridad y la higiene en el trabajo;*
- *Las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y los jóvenes;*
- *La igualdad de trato entre hombre y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.”<sup>60</sup>.*

Ello, no obstante, la Directiva permite a los Estados poder disponer que las empresas que desplacen trabajadores a su territorio en la modalidad de cesión transnacional, garanticen a éstos las mismas condiciones que se aplican a los trabajadores no desplazados (art. 3.9).

Igualmente se ampara la posibilidad de que los Estados impongan tanto a las empresas nacionales como a las europeas de manera igualitaria, con evidente respeto al Tratado, unas condiciones de trabajo distintas de las enumeradas en la Directiva, cuando se trate de disposiciones de orden público, así como establecer en convenios o laudos condiciones de trabajo referidas a actividades distintas de las relacionadas en el Anexo (art. 3.10). Esto es, se permitirá en esos supuestos ampliar el catálogo de condiciones protegidas y actividades económicas, sin que pueda resultar en discriminación alguna a las empresas. Esta discriminación se refiere a la que pueda producirse entre las empresas establecidas en el Estado de acogida y las prestadoras del servicio.

A propósito de la STJUE Sähköalojen, podemos profundizar en el análisis de la aplicación de las materias del artículo 3.1 y, en especial, de la determinación del salario mínimo, por constituir una de las obligaciones elementales de la relación laboral. Los hechos del litigio principal consisten en una sociedad polaca dedicada al sector eléctrico, denominada ESA, que contrata en suelo polaco un número de trabajadores para posteriormente desplazarlos a una sucursal con la que cuenta en Finlandia. La ley

---

<sup>60</sup> Apartado 1 del art. 3 de la Directiva 96/71/CE. DO n° L018 de 21/01/1997 p. 0001 – 0006.

cuya aplicación busca la representación de los trabajadores es un convenio finlandés del sector de la electricidad.

Antes de continuar hemos de añadir que en el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva se especifica que la cuantía de salario mínimo se definirá según la normativa del Estado de acogida o receptor. Sin embargo, con el matiz que recoge el propio TJUE, de que esa definición que realice el Estado no obstaculice la libre prestación de servicios<sup>61</sup>. Igualmente, en el párrafo segundo del artículo 3.7, se nos dice que formarán parte del salario mínimo los complementos derivados del desplazamiento que no supongan “*reembolso de los gastos efectivamente realizados originados por el desplazamiento, tales como gastos de viaje, alojamiento o manutención.*”<sup>62</sup>

Así las cosas, respecto del modo de cuantificación del salario mínimo, debe interpretarse extensivamente que también corresponderá a la normativa del Estado de acogida, según sus criterios, de tal manera que esta normativa podrá determinar si el cálculo se realiza por horas o por destajo. De manera análoga, la clasificación en grupos salariales de los trabajadores también podrá determinarse según la ley del Estado de acogida, cuando ésta sea comparativamente más favorable para el trabajador. No obstante, vuelve a mostrar el TJUE su interés en la salvaguarda de la libre prestación de servicios, y en aras de impedir su eventual obstaculización, exige que en cualquier caso estas normas, para poder ser aplicables al empresario, deben ser vinculantes, claras y transparentes.<sup>63</sup> En el caso conocido por el Tribunal, estas normas se encontraban recogidas en el convenio de sector aplicable y cumplían con todos esos requisitos.

Siguiendo con los elementos del salario mínimo regulados en el convenio finlandés, el Tribunal también reconoce la inclusión de una indemnización diaria que trata de compensar a los trabajadores “*los inconvenientes debidos al desplazamiento, que consisten en el alejamiento de los interesados de su entorno habitual.*”<sup>64</sup>. El motivo de su inclusión es que esta indemnización no se abona como reembolso de gasto efectivamente soportado a causa del desplazamiento en el sentido del párrafo segundo del artículo 3.7, luego debe formar parte del salario mínimo.<sup>65</sup>. El convenio también

---

<sup>61</sup> STJUE 12 de febrero 2015, as. C-396/13, *Sähköalojen*, §34.

<sup>62</sup> Apartado 7 del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE. DO nº L018 de 21/01/1997 p. 0001 – 0006.

<sup>63</sup> STJUE 12 de febrero 2015, as. C-396/13, *Sähköalojen*, §39, 40, 43 y 44.

<sup>64</sup> STJUE 12 de febrero 2015, as. C-396/13, *Sähköalojen*, § 48.

<sup>65</sup> STJUE 12 febrero 2015, as. C-396/13, *Sähköalojen*, § 47 y 52.



recoge en favor de los trabajadores desplazados un complemento por el trayecto diario que deben recorrer desde el lugar en el que han sido alojados por la empresa hasta su centro de trabajo (unos 15 km), siempre que este trayecto diario de ida y vuelta sea superior a una hora. En idéntico sentido al anterior, este complemento también formará parte del salario mínimo.<sup>66</sup>

No obstante, el Tribunal rechazará considerar como elementos de la cuantía del salario mínimo el pago del alojamiento y los cheques restaurante que proporciona la empresa a los trabajadores, por constituir reembolsos de los gastos ocasionados por el desplazamiento, a diferencia de los anteriores complementos. De hecho, el párrafo segundo del art. 3.7 hace mención expresa a ellos: “[...] *tales como gastos de [...] alojamiento o manutención.*”<sup>67</sup>

Por último, el TJUE aborda la cuestión del pago de las vacaciones, en el sentido de si deben ser tratadas como salario mínimo a la luz de la Directiva o no. En su razonamiento introduce una mención muy interesante al artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (donde se reconoce el derecho de todo trabajador a unas vacaciones anuales retribuidas), al que toma como punto de partida. Desde este derecho, su plasmación concreta en la Directiva 2003/88/CE, y su desarrollo jurisprudencial, el Tribunal concluye por afirmar que “*la obligación de retribuir las vacaciones anuales tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo*”<sup>68</sup>. Por ello, debido a esta asimilación, y a la función que tiene la retribución de las vacaciones anuales de sustituir la retribución salarial durante los periodos de trabajo, entiende el Tribunal que “*la paga de vacaciones [...] por la duración mínima de las vacaciones anuales remuneradas, corresponde al salario mínimo al que dicho trabajador tiene derecho durante el periodo de referencia.*”<sup>69</sup>. En definitiva, el pago de las vacaciones también se determinará conforme a la Directiva 96/71.

---

<sup>66</sup> STJUE 12 febrero 2015, as. C-396/13, *Sähköalojen*, § 56 y 57.

<sup>67</sup> Apartado 7 del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE. DO n° L018 de 21/01/1997 p. 0001 – 0006.

<sup>68</sup> STJUE 12 febrero 2015, as. C-396/13, *Sähköalojen*, § 67.

<sup>69</sup> STJUE 12 febrero 2015, as. C-396/13, *Sähköalojen*, § 69.

### **V.3.3 Excepciones en desplazamientos de corta duración.**

La Directiva introduce algunas excepciones a la normal aplicación del artículo 3 ante determinados supuestos.

En primer lugar, en el supuesto de que una empresa dedicada al suministro de bienes desplace a sus trabajadores para el montaje o instalación necesaria del bien suministrado, siempre que ese desplazamiento no exceda los ocho días y que la actividad laboral a ejecutar no esté comprendida en el sector de la construcción del Anexo, van a quedar excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva las materias relativas a la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas, así como la cuantía del salario mínimo.<sup>70</sup>

En segundo lugar, en los desplazamientos inferiores o iguales a un mes, excluida la modalidad de cesión transnacional de trabajadores, los Estados podrán decidir la inaplicación de la Directiva a la cuantía de salario mínimo, previa consulta a los agentes sociales<sup>71</sup>.

En tercer lugar, también en desplazamientos no superiores a un mes y excluida la modalidad de cesión de trabajadores, se permite la posibilidad de que mediante un convenio colectivo o laudo arbitral de los que hemos explicado anteriormente, se excepcione tanto la inclusión del salario mínimo en el núcleo duro de protección, como las decisiones de los Estados del párrafo anterior referidas a esta materia.<sup>72</sup> De esta manera, el legislador europeo delega un gran poder en la negociación colectiva, que para los desplazamientos no superiores a un mes, podrá excepcionar la observancia de una norma legal protectora del salario mínimo.

### **V.3.4 Excepciones en trabajos de escasa importancia.**

Por último, para aquellos trabajos considerados como “de escasa importancia”, los Estados podrán excepcionar de la norma de conflicto las materias relativas a la duración mínima de las vacaciones retribuidas y a la cuantía de salario mínimo, siempre que no estemos, de nuevo, ante una cesión de trabajadores.

---

<sup>70</sup> Apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE. DO n° L018 de 21/01/1997 p. 0001 – 0006.

<sup>71</sup> Apartado 3 del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE. DO n° L018 de 21/01/1997 p. 0001 – 0006.

<sup>72</sup> Apartado 4 del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE. DO n° L018 de 21/01/1997 p. 0001 – 0006.

En cuanto al concepto, la Directiva no nos lo aclara. Únicamente nos indica que serán los propios Estados que deseen realizar esta posibilidad quienes establezcan “*las condiciones que deban cumplir los trabajos para ser considerados de escasa importancia.*”<sup>73</sup>

#### V.4 LA TEMPORALIDAD COMO PUNTO DÉBIL DE LA DIRECTIVA.

Como explicamos en el epígrafe III. 2. 2, la Directiva 96/71/CE no explica con claridad cuándo un desplazamiento se considerará temporal. Y, por otro lado, la Directiva 2014/67/UE, orientada a facilitar el cumplimiento de la primera, introduce algunos criterios en el apartado 3 del artículo 4, como la fecha de inicio del desplazamiento, la naturaleza de las actividades, si el trabajo se realiza también de forma temporal en otro Estado, si está previsto que el trabajador regrese al Estado de origen una vez desempeñe su labor, o incluso el criterio de si el empleador le proporciona al trabajador el viaje o la manutención, que más adecuado parece para determinar la laboralidad del desplazamiento. En suma, como señalamos, son unos criterios insuficientes para acotar la temporalidad.

Esta falta de concreción en la delimitación de la temporalidad deja la puerta abierta al fraude, por ejemplo, en los casos en que la empresa reemplaza de manera sucesiva a trabajadores desplazados en la misma prestación de un servicio, sin límite temporal alguno, permitiéndole emplear a trabajadores desplazados cuando realmente, en vista de que el servicio se presta *de facto* de manera permanente, resultaría más lógico emplear a trabajadores del mercado nacional del Estado en donde se ejecuta la prestación.

Y como acertadamente indica el profesor ABELLEIRA, la única mención al reemplazo de trabajadores en la Directiva 2014/67/UE es en el artículo 4.3 g), a modo de criterio identificador de la temporalidad del desplazamiento. Se tendrán así en cuenta, por las autoridades nacionales, “*los periodos previos en que el puesto haya sido ocupado por el mismo o por otro trabajador (desplazado)*”<sup>74</sup>, a fin de esclarecer si el desplazamiento es realmente temporal o, por el contrario, se está cubriendo fraudulentamente un puesto que es estable. El problema es que para el caso de que se

---

<sup>73</sup> Apartado 5 del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE. DO nº L018 de 21/01/1997 p. 0001 – 0006.

<sup>74</sup> Artículo 4.3 g) de la Directiva 2014/67/UE de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE. DO L 159 de 28 de mayo de 2014, p. 11/31.

determine que no es un desplazamiento temporal, sino una vía fraudulenta para cubrir un puesto permanente, la Directiva no recoge ninguna consecuencia jurídica reseñable, más allá de que, como puede suponerse, al no reunir los caracteres de un desplazamiento temporal de trabajadores, se aplique íntegramente Roma I. Esa única suerte de “sanción”, unida a la dificultad propia de analizar caso por caso y a posteriori los hipotéticos supuestos de reemplazos de trabajadores, convierten la falta de delimitación de la temporalidad en un subterfugio propicio para el dumping social.

## **VI. INTERVENCIONES EN LA PREVENCIÓN DEL DUMPING SOCIAL**

Son múltiples las vías de intervención que los Estados han intentado para prevenir el dumping social en el desplazamiento de trabajadores. En un orden administrativo, a fin de evitar fraudes a la Seguridad Social, primordialmente desde el Reglamento 883/2004 y la exigencia del certificado de desplazamiento A1, se ha intentado facilitar el control de esta realidad por parte de las autoridades laborales para frenar los abusos. Sin embargo no es ese el objeto de nuestro Trabajo, centrado en la perspectiva privada, por lo que dejaremos a un lado los controles administrativos de los Estados relacionados con los sistemas de seguridad social.

### **VI.1 RAZONES DE IMPERIOSA NECESIDAD Y EL ASUNTO VIKING.**

La consideración de la protección de los derechos del trabajador como razón de imperiosa necesidad, derivada de las distintas normas de derecho originario europeo, como la Carta de Derechos Fundamentales, puede consistir en una importante vía de reequilibrio de los intereses que ampara la Directiva. No obstante, la interpretación que realiza el Tribunal de Justicia limita esta opción de utilizar razones de imperiosa necesidad para frenar el dumping social. Lo veremos a partir del asunto Viking<sup>75</sup>.

En este caso, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre cómo debe resolverse el conflicto entre una razón de imperiosa necesidad y las libertades fundamentales que protegen los Tratados comunitarios. Esto es, cómo y bajo qué condiciones una razón de imperiosa necesidad puede justificar restricciones a las libertades fundamentales del mercado único.

Los hechos del litigio principal no versan sobre un desplazamiento de trabajadores, pero igualmente reviste una gran trascendencia, pues el conflicto se

---

<sup>75</sup> STJCE 11 diciembre 2007, as. C-438/05, *Viking*.

plantea entre el interés de proteger los derechos de los trabajadores (que el Tribunal reconoce como razón imperiosa de interés general) y la libertad de establecimiento (asimilable a la libre prestación de servicios a estos efectos, dado que es otra libertad fundamental comunitaria). La sucesión de acontecimientos la siguiente: Viking, una sociedad finlandesa dedicada al transporte marítimo, dispone de un buque que opera en una ruta comercial entre Finlandia y Estonia bajo pabellón finlandés, que no puede competir con los buques estonios que trabajan en la misma ruta. Por ello, decide cambiar el pabellón por el estonio, para así celebrar un convenio con los sindicatos de aquel país y obtener una rebaja en los costes sociales que le permita seguir siendo rentable y competir con el resto de buques. Del otro lado, se encuentran FSU, un sindicato de marinos finlandés, y la ITF, organización sindical más amplia en la que se engloban el FSU y otros sindicatos de varios países de la región. En vista de las intenciones de Viking, el FSU solicitó a la ITF que advirtiera a todos los sindicatos que se pudieran ver implicados, para que no negociaran un convenio con Viking.

En este caso las restricciones supondrían la adopción de medidas de conflicto colectivo por parte del FSU, pues considera el Tribunal que instar a no negociar un convenio colectivo en otro Estado miembro limita su libertad de establecimiento.

Ahora bien, esas medidas, para encontrar su justificación como “razones de imperiosa necesidad de interés general” deben estar orientadas a buscar la protección de los trabajadores, de manera tal que sólo podrían admitirse si los empleos estuvieran “*comprometidos o gravemente amenazados*”<sup>76</sup> con el cambio del pabellón. A mayores, incluso en caso afirmativo, el Tribunal exige un examen adicional de la proporcionalidad de la medida para con el objetivo perseguido, sin que la medida pueda ir más allá de lo necesario para lograrlo. Es decir, que el sindicato FSU no dispusiera de otros medios menos restrictivos y si no los hubiera agotado previamente.<sup>77</sup>

En resumen, la doctrina del asunto Viking consiste en lo siguiente: “*estas restricciones pueden estar justificadas, en principio, por la protección de una razón imperiosa de interés general, como la protección de los trabajadores, siempre que se compruebe que son adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo*

---

<sup>76</sup> STJCE 11 diciembre 2007, as. C-438/05, *Viking*, § 81.

<sup>77</sup> STJCE 11 diciembre 2007, as. C-438/05, *Viking*, § 84 y 87.

*perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograr ese objetivo*”<sup>78</sup>. Como puede verse, en Viking el Tribunal de Justicia, en la ponderación del interés de proteger los derechos laborales con las libertades del mercado, sitúa muy por encima a éstas, considerando a las razones de imperiosa necesidad, en cierta manera, como subsidiarias o secundarias, en el sentido de que podrán admitirse, pero siempre que no afecten “demasiado” a las libertades del mercado.

## VI.2 LA LEGISLACIÓN ANTIDUMPING SUECA Y EL ASUNTO LAVAL.

En el Derecho sueco nos encontramos con la peculiaridad de que no existe un sistema de declaración de aplicación general de los convenios colectivos, y que hay incluso empresarios que no se encuentran vinculados por ningún convenio. Por ello, no se puede obligar legalmente a una empresa extranjera que se adhiera a un convenio sueco, a fin de evitar discriminaciones. Sucede también que todas las condiciones de trabajo del artículo 3.1 de la Directiva 96/71 se regulan en Suecia mediante disposiciones legales, salvo la cuantía del salario mínimo, que se deja en manos de la negociación colectiva.<sup>79</sup> No obstante, en relación con los hechos de Laval, el salario mínimo tampoco está regulado en el convenio que busca ser aplicado, el convenio de la construcción. Es decir, nos encontramos con que el Estado sueco no establece una determinada cuantía de salario mínimo. Al calor de estas peculiaridades y del asunto Laval, vamos a analizar dos cuestiones: por un lado, la justificación de adoptar medidas de conflicto colectivo y, por otro, la adecuación de la legislación antidumping sueca al Derecho europeo.

### a) La justificación de adoptar medidas de conflicto colectivo.

Situémonos en los hechos del litigio. Laval es una sociedad letona, adherida a convenios colectivos letones, que desplaza trabajadores hacia Suecia para ejecutar una prestación de servicios, consistente en la construcción de un colegio, contratada con la sociedad sueca Baltic. En Suecia existe una cláusula de paz social que impide a los sindicatos entablar acciones de conflicto colectivo mientras esté vigente un convenio. No obstante, se permiten cuando no haya un convenio aplicable, situación a la que se asemejan las empresas extranjeras, a pesar de que éstas en sus Estados de origen sí estén vinculadas por uno. En este sentido, el sindicato de la construcción sueco inició medidas

---

<sup>78</sup> STJCE 11 diciembre 2007, as. C-438/05, *Viking*, § 90.

<sup>79</sup> STJCE 18 diciembre 2007, as. C-341/05, *Laval*, § 67.

de conflicto colectivo contra Laval para que ésta adoptara el convenio sueco de la construcción y, en concreto, unas determinadas cuantías de salario.

Respecto de la cuantía de salario, el Tribunal de Justicia considera que, dado que la Directiva 96/71/CE únicamente establece una remisión a los sistemas de que cada Estado de acogida dispone para determinar las materias del artículo 3.1, no puede obligarse a Laval, al prestador del servicio, a observar cuantías de salario no determinadas según los requisitos de la Directiva (esto es, mediante disposiciones legales o reglamentarias o convenios colectivos del art. 3.8)<sup>80</sup>. Así lo resume el Tribunal: *“procede concluir [...] que un Estado miembro en el que las cuantías de salario mínimo no se determinan por una de las vías previstas en el artículo 3, apartados 1 y 8, de la Directiva 96/71 no está facultado para exigir, en virtud de dicha Directiva, a las empresas establecidas en otros Estados miembros [...] una negociación caso por caso [como así funciona el sistema de negociación de salarios sueco<sup>81</sup>] para que conozcan el salario que deberán abonar a sus trabajadores desplazados.”*<sup>82</sup>

En el examen de proporcionalidad que realiza el Tribunal, de nuevo admite que la protección de los trabajadores supone una razón imperiosa de interés general que permite justificar una restricción a la libre prestación de servicios, como es en este caso, adoptar medidas de conflicto colectivo contra Laval y pretender que negocie los salarios por tiempo indefinido con los sindicatos. De esto último, y de la falta de claridad del sistema sueco de determinación de los salarios por ausencia de disposiciones expresas, ya sean de los artículos 3.1 o 3.8 de la Directiva, se deriva, a ojos del Tribunal, una excesiva dificultad para la empresa de determinar sus obligaciones de salario mínimo, que impiden justificar la restricción.<sup>83</sup> Recordemos que para Tribunal, en el asunto Sähköalojen no varía en la exigencia de que las normas aplicables al empresario deben ser claras y transparentes<sup>84</sup>.

La consecuencia de no admitir la justificación es que se permite que una empresa extranjera pueda pagar a sus trabajadores los salarios conforme a la ley de origen. Pero esta consecuencia se debe al propio hecho sueco de que las cuantías del

---

<sup>80</sup> STJCE 18 de diciembre 2007, as. C-341/05, *Laval*, § 70.

<sup>81</sup> STJCE 18 de diciembre 2007, as. C-341/05, *Laval*, § 69.

<sup>82</sup> STJCE 18 de diciembre 2007, as. C-341/05, *Laval*, § 71.

<sup>83</sup> STJCE 18 diciembre 2007, as. C-341/05, *Laval*, § 110.

<sup>84</sup> STJUE 12 de febrero 2015, as. C-396/13, *Sähköalojen*, §39, 40, 43 y 44.

salario mínimo no se determinen por las normas referenciadas en los apartados 1 y 8 del artículo 3, por tanto, como aprecia DE LA QUADRA-SALCEDO, no tendremos este problema en aquellos Estados en los que la cuantía del salario mínimo esté perfectamente definida, bien en convenios de aplicación general, bien en disposiciones legales o reglamentarias.<sup>85</sup>

b) La adecuación de la legislación sueca antidumping al Derecho europeo.

Ante el Tribunal se plantea una segunda cuestión, y es la relativa a la asimilación de las empresas extranjeras (se hayan adherido o no a un convenio en su Estado de origen) a las empresas suecas no adheridas a ningún convenio sueco. De esta manera, como señalamos anteriormente, los sindicatos podrán iniciar un conflicto colectivo con la empresa extranjera a fin de que adopte un convenio sueco. Este sistema podría suponer un mecanismo de prevención del dumping social en tanto que obliga a las empresas extranjeras a no poder aplicar en sus desplazamientos los convenios del país de origen, con lo que no podrá arrastrar inferiores costes sociales al territorio sueco<sup>86</sup>. Y así se reconoce también esta finalidad en la propia sentencia<sup>87</sup>. No obstante, este sistema es considerado discriminatorio por el Tribunal, dado que esta normativa *“no tiene en cuenta, cualquier que sea su contenido, los convenios colectivos a los que las empresas que desplazan trabajadores a Suecia ya están vinculadas con el Estado miembro en el que están establecidas, [creando] una discriminación contra dichas empresas, en la medida en que les aplica el mismo trato que a las empresas nacionales que no han celebrado convenio colectivo alguno.”*<sup>88</sup> Y aunque algunas discriminaciones puedan estar amparadas por razones de orden público, en este caso no se aprecia la concurrencia de ninguna, por lo que este sistema de prevención del dumping no es compatible con el Derecho europeo.<sup>89</sup>

---

<sup>85</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, TOMÁS, “TJCE – Sentencia de 18.12.2007, Laval, c-431/05 - Libre prestación de servicios – Desplazamiento de trabajadores – La supuesta legalización del dumping social en el interior de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 31, Madrid 2008, p. 846.

<sup>86</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, TOMÁS, *op., cit.*, p. 846.

<sup>87</sup> STJCE 18 diciembre 2007, as. C-341/05, *Laval*, § 118.

<sup>88</sup> STJCE 18 diciembre 2007, as. C-341/05, *Laval*, § 116.

<sup>89</sup> STJCE 18 diciembre 2007, as. C-341/05, *Laval*, § 119.



### VI.3 CLÁUSULAS SOCIALES EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

Haremos referencia en este apartado a las conocidas como cláusulas sociales de los contratos del sector público, que ya en la Comunicación de la Comisión de 27 de noviembre de 1996 fueron recomendadas para desarrollar la política social de la actual UE<sup>90</sup>, y que tuvieron su reflejo normativo en el artículo 26 de la Directiva 2004/18, bajo la siguiente forma: *“Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideración de tipo social y medioambiental.”*<sup>91</sup> En la actualidad la referencia normativa vigente se encuentra en el artículo 18.2 de la nueva Directiva 2014/24, bajo otra redacción, pero en similar sentido.<sup>92</sup>

En un primer momento, estas cláusulas fueron consideradas contrarias a las libertades de los Tratados, como sucedió en el asunto Rüffert. En este caso un Land alemán adjudicó un contrato en cuyos pliegos se contenía el compromiso de observar el convenio colectivo “Edificios y obras públicas” y, en concreto, la obligación de pagar a los trabajadores empleados conforme al salario mínimo vigente. Posteriormente la adjudicataria subcontrató con una empresa polaca, con el resultado final de que a los trabajadores se les estaba pagando por debajo del salario del convenio.

Es importante reseñar, a efectos de interpretar conjuntamente la Directiva 96/71, que en este supuesto la cuantía del salario se determina en derivación de una medida *“que consiste en una disposición legal adoptada por el Land [...] cuyo objeto consiste en que, en particular [respecto de la empresa subcontratante], sea vinculante un convenio colectivo que establece el salario de que se trate [...]”*<sup>93</sup>. Es por ello que no va a poder considerarse que la cuantía del salario mínimo se haya determinado conforme al primer guión del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva, porque no se determina por

---

<sup>90</sup> MORCILLO MORENO, JUANA, “Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al dumping social intracomunitario”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2016, p. 182.

<sup>91</sup> Artículo 26 de la Directiva 2004/18 del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. DO L 134/114, 30 de abril de 2004.

<sup>92</sup> Artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. DO L 94/65, 28 de marzo de 2014.

<sup>93</sup> STJUE 3 abril 2008, as. C-346/06, *Rüffert*, § 23.

disposiciones legales, reglamentarias o administrativas. Tampoco podemos entender el convenio “Edificios y obras públicas” como de aplicación general en el sentido del artículo 3.8 pues éste no se aplica a todo el sector de la construcción ni a los contratos privados, por lo que, de nuevo, no supone uno de esos instrumentos del artículo 3.1 por los que se pueden determinar las materias del núcleo duro de protección.<sup>94</sup> No se corresponde, en definitiva, con el concepto de “ley aplicable del Estado receptor” de la Directiva 96/71.

De todo ello se deriva que en este asunto no se está estableciendo una cuantía de salario mínimo en el sentido de la Directiva, por lo que *“dicha disposición [la que obliga a observar el convenio] no puede interpretarse en el sentido de que permite al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima [...]”*<sup>95</sup>

Por todo ello, en definitiva, el Tribunal rechaza esta cláusula social, al no encontrarle amparo en la Directiva 96/71, ni tampoco justificación como razón de imperiosa necesidad (ni por la protección de los trabajadores ni por la -aducida por el Gobierno alemán- estabilidad financiera de los regímenes de seguridad social.)<sup>96</sup>

En un sentido distinto concluye el asunto Regio Post que, a pesar de guardar semejanzas, presenta una diferencia sustancial. En este supuesto, en una licitación similar al caso anterior, se exige en el pliego de contratación que la empresa aspirante refleje su propia declaración de voluntad de que se pague a los trabajadores conforme al salario mínimo correspondiente del sector de los servicios postales. La empresa, Regio Post, entiende que este extremo es contrario a la normativa sobre contratación pública, y no cumplimenta dicha declaración. Así las cosas, la administración licitadora decide no aceptar la oferta de Regio Post.

La principal diferencia con respecto al caso anterior es que aquí contamos con una disposición de la *Ley de garantía de la observancia de los convenios colectivos y del salario mínimo en el marco de la adjudicación de contratos públicos* del Land de Renania (LTTG, en sus siglas en alemán) que establece que *“todos los licitadores y sus*

---

<sup>94</sup> STJUE 3 abril 2008, as. C-346/06, *Rüffert*, § 28 y 29.

<sup>95</sup> STJUE 3 abril 2008, as. C-346/06, *Rüffert*, § 33.

<sup>96</sup> STJUE 3 abril 2008, as. C-346/06, *Rüffert*, § 38 a 42.

*subcontratistas deberán comprometerse frente al poder adjudicador a pagar al personal que vaya a ejecutar el contrato público de que se trate un salario mínimo determinado por la Ley*<sup>97</sup>. He aquí el fundamento legal de la declaración que se exige en el pliego de contratación. Y este requisito, a ojos del Tribunal, puede considerarse como cláusula social en el sentido del artículo 26 de la Directiva 2004/18 que vimos *ut supra*, vigente en el momento de los hechos.

En suma, una disposición legal de ese tipo puede entenderse como disposición legal en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva (a diferencia del asunto Rüffert), porque en este caso la disposición fija ella misma la cuantía de salario mínimo. En concreto, el también artículo 3.1 de la LTTG<sup>98</sup>. Por lo expuesto y por considerar que con esta disposición se está garantizando una protección social mínima a los trabajadores del sector postal, dado que no había en ese momento otra norma que fijara un salario de nivel inferior, el Tribunal admite la cláusula social.

Por tanto, podemos considerar como admisibles las cláusulas sociales, siempre que encajen en el actual 18.2 de la Directiva 2014/24, no supongan una restricción injustificada de las libertades de los Tratados y evidentemente, que la norma a la que se remita la cláusula social para determinar el salario mínimo sea una de las disposiciones o convenios de los apartados 1 y 8 del artículo 3 de la Directiva 96/71.

## **VII. PROYECTO DE REFORMA DE LA DIRECTIVA 96/71/CE**

Antes de entrar en las conclusiones finales del trabajo, es de obligada mención el actual proyecto de reforma de la Directiva 96/71/CE, instado por la Comisión Europea el 8 de marzo de 2016. En el momento actual de su tramitación acaba de pronunciarse el Parlamento europeo en primera lectura, el día 29 de mayo de este año.

Algunos de los cambios más relevantes que incluye la Comisión en su propuesta son los siguientes:

- a) Duración máxima del desplazamiento de 24 meses.

La propuesta de la Comisión consiste en que, cuando la duración de los desplazamientos exceda o se prevea que va a exceder de los 24 meses, se considere

---

<sup>97</sup> STJUE 17 noviembre 2015, as. C-115/14, *Regio Post*, § 54.

<sup>98</sup> STJUE 17 noviembre 2015, as. C-115/14, *Regio Post*, § 13.

como Estado de realización habitual del trabajo el Estado originalmente de acogida. En consecuencia, al no tratarse de un desplazamiento temporal, se aplicarán las disposiciones del Reglamento Roma I, luego la ley aplicable será, en defecto de pacto y en virtud del artículo 8.2, la ley del foro. También es interesante, respecto del problema que hemos señalado en el epígrafe V.4, que “*en caso de sustitución de un trabajador para realizar la misma tarea, el cálculo de la duración del desplazamiento debe tener en cuenta la duración acumulada del desplazamiento de los trabajadores afectados.*”<sup>99</sup> De esta manera cuando el cómputo global exceda de los 24 meses, esto es, que la prestación del servicio “temporal” sea superior a 24 meses, aunque se reemplace a los trabajadores, igualmente el Estado de acogida pasará a considerarse como el Estado de realización habitual del trabajo. Sin embargo, esto sólo se tendrá en cuenta para el caso de que los trabajadores sean desplazados al menos durante seis meses.

b) Supresión de la referencia a las actividades contempladas en el Anexo.

Se pretende que en el segundo guión del apartado 1 del artículo 3 ya no se limiten los convenios colectivos y los laudos a las actividades del Anexo, sino a cualquier tipo de actividad.

c) Sustitución del concepto “cuantía de salario mínimo” por “remuneración”.

Efectivamente, la Comisión propone introducir el concepto más amplio de remuneración en las condiciones del artículo 3.1, que englobaría todos los elementos de remuneración que resultasen obligatorios en virtud de las disposiciones y convenios.<sup>100</sup>

d) Facultad de los Estados de obligar a subcontratar sólo con empresas que respeten determinadas condiciones de remuneración aplicables al contratista.

En cierta manera recogiendo el guante de la jurisprudencia del TJUE, la Comisión busca que los Estados puedan obligar, mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o convenios colectivos, a las empresas adjudicatarias a no subcontratar con sociedades que no respeten “*determinadas condiciones de trabajo y*

---

<sup>99</sup> COM (2016) 128 final, 2016/0070 (COD), p. 8.

<sup>100</sup> COM (2016) 128 final, 2016/0070 (COD), p. 13.

*empleo por lo que respecta a la remuneración*”<sup>101</sup>, tanto a las establecidas en su territorio como a las prestadoras de un servicio.

e) Sobre la cesión de trabajadores.

Se añade un apartado al artículo 3 que busca beneficiar a los trabajadores desplazados en el marco de una cesión transnacional, imponiendo la obligación de que se deben garantizar las mismas condiciones, de conformidad con el artículo 5 de la Directiva 2008/104/CE<sup>102</sup>, tanto a las empresas dedicadas a la cesión transnacional de trabajadores como a las empresas nacionales que ceden trabajadores.

### **VIII. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN**

Hemos visto que la ley aplicable al desplazamiento de trabajadores se determina conjuntamente por las disposiciones de Roma I y por las normas imperativas de la Directiva 96/71, que buscan garantizar unas condiciones mínimas de trabajo a los trabajadores desplazados, sin que por ello se desnaturalice la libre prestación de servicios. A la luz de los datos sobre dumping social y trabajadores desplazados en la UE, hemos comprobado también que la Directiva no ha sido completamente eficaz para prevenir el dumping. Así se constató cuando se elaboró la Directiva 2014/67, de garantía de cumplimiento de la anterior. Tampoco ha sido capaz el TJUE con su labor jurisprudencial de poner freno a esta práctica, si bien, es de justicia reconocerle algunos pasos positivos.

A mi juicio, el principal problema del que adolece la Directiva es su indefinición, permitiendo que se interprete la ley aplicable a los desplazamientos de trabajadores de una manera demasiado abierta, por cuanto algunos caracteres del desplazamiento no se encuentran, incluso tras la Directiva 2014/67, completamente cerrados. En relación con este extremo, es cierto que la Comisión europea se ha percatado de que resultaba conveniente establecer un límite máximo a la duración del establecimiento, en concreto de 24 meses. Sin embargo, considero que los servicios que duren ese tiempo, si bien son temporales *stricto sensu* pues están limitados en el tiempo, con una duración tan extensa sería más apropiado enmarcarlos en la libertad de establecimiento. Recordemos que como hemos explicado en este Trabajo, el rasgo que

---

<sup>101</sup> COM (2016) 128 final, 2016/0070 (COD), p. 13.

<sup>102</sup> Directiva 2008/104/CE de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. DO L 327/9, 5.12.2008.

diferencia la libertad de establecimiento (que ampara a los empresarios o profesionales a establecerse de forma *permanente* en el territorio de otro Estado miembro) de la libre prestación de servicios, es que ésta última ampara a los prestadores de servicios a operar en el territorio de otro Estado de manera *temporal* y limitada en el tiempo. En este sentido, a mi parecer, la libre prestación de servicios, puesto que sólo permite instalar al prestador en el territorio del Estado receptor la justa infraestructura mínima para prestar el servicio, está más pensada para actividades de poca complejidad, con una duración más breve. En actividades que requieran una duración de hasta 24 meses considero que sería más beneficioso, también para el propio empresario o profesional, permitirle instalar un establecimiento permanente, al amparo de la libertad de establecimiento y no del artículo 56 TFUE. Por ello considero más correcto rebajar el límite del desplazamiento a los 12 meses (más acorde con la interpretación de la libre prestación de servicios que acabo de reflejar). Y sin que ello sea óbice de, ante circunstancias de fuerza mayor que puedan atrasar la prestación del servicio (pensemos, por ejemplo, en las veleidades que se puedan dar en la ejecución de una obra), se pueda ampliar la duración del desplazamiento hasta 6 meses más, con la comunicación a la autoridad laboral o administrativa pertinente.

Otro de los problemas que surgen en relación con la Directiva y que tuvimos ocasión de comprobar en el análisis del asunto Laval, es que la norma de conflicto, al remitirse a leyes aplicables de muy distinta naturaleza que no están armonizadas, es que se producen soluciones jurídicas desiguales en función del Estado de que se trate. Vimos que en Laval el TJUE no permitió que a los trabajadores desplazados a Suecia se les abonara el salario sueco, porque las normas suecas que determinan el salario mínimo no encontraban correspondencia en los tipos de normas que la Directiva considera en sus artículos 3.1 y 3.8, como “ley aplicable”. Por tanto, bien se modifica la Directiva ampliando el concepto de ley aplicable, a riesgo de incurrir en una definición demasiado general, bien se busca armonizar mediante otras directivas los sistemas laborales y de negociación colectiva de los Estados miembros o, al menos, las fuentes del derecho laboral. A pesar de las muchas dificultades que entraña armonizar este extremo, dadas las grandes diferencias económicas existentes entre los Estados miembros, considero que tarde o temprano debe ser un paso necesario en la construcción de la vertiente social de la Unión Europea.

Por último, uno de los obstáculos en la lucha contra el dumping social en el desplazamiento de trabajadores ha sido la doctrina jurisprudencial del TJUE. Es cierto que en los asuntos *Regio Post* y *Shäkoalen* ha ampliado la protección de los trabajadores desplazados, pero su evolución ha sido lenta y no ha facilitado que se puedan oponer a las libertades comunitarias otros intereses de carácter general. Recordemos el asunto *Viking*, en donde como expusimos, exige una serie de criterios muy estrictos para poder legislar en atención a una razón de imperiosa necesidad restrictiva de una libertad comunitaria (que se hubieran intentado otras medidas menos restrictivas previamente, que la medida sea adecuada para proteger el interés que se trate, etc.). Ello ha dificultado que los Estados puedan actuar y legislar de manera eficaz frente al dumping. No obstante, hay que reconocer que en *Laval* se dio un paso importante, al admitir el Tribunal de Justicia que los sindicatos pueden entablar medidas de conflicto colectivo, en orden de proteger los derechos de los trabajadores como razón de imperiosa necesidad, que eventualmente restrinjan la libre prestación de servicios. No se admitió en concreto en ese supuesto porque la medida era discriminatoria para con las empresas extranjeras, y tampoco se amparaba en una razón de orden público. Pero el Tribunal sí que lo reconoció con carácter general.

En mi opinión, a pesar de los lentos avances producidos, el TJUE aún debe equilibrar realmente la libre prestación de servicios con la protección de los derechos de los trabajadores. El Tribunal no debe continuar situando esta libertad en un lugar preeminente como, a mi juicio, se deriva de la doctrina contenida en *Viking*, debido al marco de la Europa social, en la que se está conformando toda una suerte de orden público internacional europeo con trascendencia en el mundo laboral, a partir de la elaboración en el seno de la UE de instrumentos como la Carta de los Derechos Fundamentales. El Tribunal no puede ignorar que ambos intereses se encuentran positivizados al mismo nivel en el Derecho de la Unión.

En definitiva, en la actualidad las soluciones jurídicas que se ofrecen a la cuestión del dumping social en el desplazamiento de trabajadores no son satisfactorias, y el cambio más inminente que cabe esperar es el que impulsen la Comisión, el Consejo y el Parlamento europeos en el actual proceso de reforma de la Directiva 96/71/CE. Tendremos que esperar para ver el resultado final y si la nueva Directiva va a ser capaz de eliminar el dumping social, habida cuenta de que éste no puede encontrar amparo en

el ordenamiento de la UE, por ser una práctica contraria tanto a la libre competencia, como a la protección de los derechos de los trabajadores, que protegen los Tratados.



## IX. BIBLIOGRAFÍA

CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Derecho Internacional Privado Vol. II*, ed. Comares 2016.

GÓMEZ ABELLEIRA, FCO. JAVIER, “Desplazamiento transnacional laboral genuino y ley aplicable al contrato de trabajo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2018, Vol. 10.

GUICHAUOA, HERVÉ, “Le dévoiement de la mobilité internationale intragroupe du salarié: une forme recherchée de travail illégal et de dumping social sur le territoire français”, *Le Droit Ouvrier*, mayo 2015.

GUICHAOUA, HERVÉ, “Une avancée remarquable dans la lutte contre le travail illégal et le dumping social du fait des entreprises étrangères: les arrêts Easy Jet et Vueling”, *Le Droit Ouvrier*, junio 2014.

LLOBERA VILA, MIREIA, “Las medidas estatales de prevención del dumping social en la jurisprudencia del TJUE: la senda abierta hacia la sentencia Bundesdruckerei”, *Lex Social*, Vol. 5.

MOLINS GARCÍA-ALTANCE, JUAN, “El grupo de empresas con efectos laborales”, *Trabajo y Derecho* nº4, abril 2015, ed. Wolters Kluwer.

MORCILLO MORENO, JUANA, “Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al dumping social intracomunitario”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2016.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. CARLOS; ÁLVAREZ DE LA ROSA, MANUEL, *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces 2016.

QUADRA-SALCEDO JANINI DE LA, TOMÁS, “TJCE – Sentencia de 18.12.2007, Laval, c-431/05 - Libre prestación de servicios – Desplazamiento de trabajadores – La supuesta legalización del dumping social en el interior de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 31, Madrid 2008.

## DOCUMENTOS

Informe GIULIANO/LAGARDE.

The posting of Workers Directive – Current situation and challenges. Study for the EMPL Committee (2016).

Acuerdo sobre la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, de la Organización Mundial del Comercio.

### LEGISLACIÓN

COM (2016) 128 final, 2016/0070 (COD).

Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. DOUE nº L 122/28 de 16/5/2009, p. 28-44.

Directiva 2014/24/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. DO L 94/65, 28 de marzo de 2014.

Directiva 2004/18 del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. DO L 134/114, 30 de abril de 2004.

Directiva 96/71/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, DO L 018 de 21/01/1997 p. 0001 – 0006.

Directiva 2014/67/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE. DO L 159 de 28 de mayo de 2014, p. 11/31.

Directiva 2008/104/CE de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. DO L 327/9, 5.12.2008.

Reglamento (CE) nº 883/2004, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. DO L 200 de 7 de junio de 2004, p. 1/49.

Reglamento (CE) nº593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DO L 177/6, de 4/7/2008.

Reglamento (CEE) nº1612/68, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. DO nº 257 de 19/10/1968 p. 0002 – 0012.

Reglamento (UE) Nº 492/2011, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión. DO L 141 de 27 de mayo de 2011, p. 1/12.

Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24/10/2015.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DO C 83/01. 30.03.2010.

#### JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

STSJ Galicia, de 20 de octubre de 2005, Rec. 4215/2005.

STSJ Madrid, de 30 de octubre de 2009, 780/2009.

STSJ País Vasco de 12 de mayo, 1096/2009.

#### JURISPRUDENCIA EUROPEA

STJCE 23 noviembre 1999, as. Acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*.

STJCE 30 noviembre 1995, as. C-55/94, *Gebhard*.

STJCE 18 diciembre 2007, as. C-341/05, *Laval*.

STJCE 3 de julio 1986, as. C-66-85, *Lawrie-Blum*.

STJUE 17 noviembre 2015, as. C-115/14, *Regio Post*.

STJUE 3 abril 2008, as. C-346/06, *Rüffert*.

STJUE 12 febrero 2015, as. C-396/13, *Sähköalojen*.

STJUE 17 octubre 2013, as. C-184/12, *Unamar NV*.

STJCE 11 diciembre 2007, as. C-438/05, *Viking*.